

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**RAFAEL DUTRA SILVEIRA MARTINS**

**O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES  
PLÁSTICOS ESTÉTICOS:**

**Uma nova análise a respeito do binômio meios *versus* resultado**

**Florianópolis  
2016**

**RAFAEL DUTRA SILVEIRA MARTINS**

**O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES  
PLÁSTICOS ESTÉTICOS**

**Uma nova análise a respeito do binômio meios *versus* resultado**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção  
do título de Bacharel em Direito.**

**Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Carolina Medeiros Bahia.**

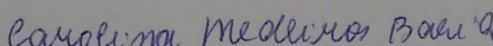
**Florianópolis  
2016**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

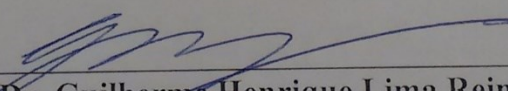
TERMO DE APROVAÇÃO

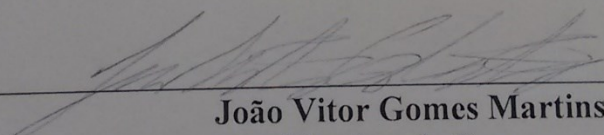
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos: uma nova análise a respeito do binômio meio *versus* resultado”, elaborado pelo acadêmico “Rafael Dutra Silveira Martins”, defendido em 5/12/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 5 de Dezembro de 2016



**Profª. Dra. Carolina Medeiros Bahia**  
Professor Orientador

  
**Prof. Dr. Guilherme Henrique Lima Reinig**  
Membro de Banca

  
**João Vitor Gomes Martins**  
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Rafael Dutra Silveira Martins

RG: 5289150-0

CPF: 094.588.189-40

Matrícula: 12100133

Título do TCC: O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos: uma nova análise a respeito do binômio meio *versus* resultado.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Eu, Rafael Dutra Silveira Martins, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 5 de dezembro de 2016.

Rafael Dutra Silveira Martins

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a meus pais, José Carlos e Laurinda Juliana, insuperáveis e insubstituíveis no amor, carinho e tempo a mim dedicados. São pessoas exemplares, extremamente éticas e principalmente fraternas, que compartilharam de meus interesses e de minhas aspirações como se suas fossem. Eles jamais pouparam esforços em me oportunizar os instrumentos necessários à consecução de meus objetivos. A eles ofereço minha eterna gratidão.

Agradeço também ao meu irmão, Leonardo, pelos ensinamentos de vida, à tia materna, Maria Gorete, pelo amor incondicional e à minha namorada, Ana Carolina, pelo seu companheirismo e paciência.

Em nome do Procurador de Justiça Jacson Corrêa, presto minha sincera gratidão a toda equipe da Coordenadoria de Recursos Cíveis do Ministério Público de Santa Catarina, cujas lições contribuíram ao meu amadurecimento jurídico e cuja incansável busca pela justiça me inspira diariamente.

Outro reconhecimento especial dirige-se à minha orientadora, Prof<sup>a</sup>. Dra. Carolina Medeiros Bahia, um exemplo de docente. Saiba que a atenção dispensada foi primordial ao sucesso deste trabalho.

Agradeço, ainda, ao meu grupo de amigos e também acadêmicos, Ana Maria Garcia, Gilmar Loretto, Gustavo Becker, Gustavo Fritsche, Vinicius Neres e Thales Costa, com quem vivenciei grandes momentos durante o curso de Direito. Estaremos conectados para todo o sempre. Além desses, também merecem citação própria os colegas Felipe Canan e Mathias Foletto.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram a vencer com grande êxito essa importante etapa de minha vida que foi a graduação acadêmica no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

## RESUMO

Este trabalho monográfico tem por escopo a análise da responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos, bem como em que medida o binômio meio *versus* resultado auxilia sua compreensão. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e desenvolve-se o tema por intermédio da técnica de documentação indireta com amparo principal na pesquisa bibliográfica (publicações de direito civil e de direito do consumidor, dissertações de mestrado e teses de doutorado, artigos e revistas jurídicas especializadas na área da responsabilidade civil médica) e no cotejo analítico da jurisprudência nacional. Ao longo do trabalho, constata-se que a responsabilidade civil desses profissionais liberais está envolta por grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sempre intimamente ligadas à natureza obrigacional imputada ao ato cirúrgico-estético – de meios ou de resultado. Ademais, verifica-se que o emprego de tal binômio nas relações entre médicos e pacientes enseja deturpações legais não justificáveis, mormente em razão das consequências que tal proposição teórica revela no âmbito do ônus probatório. Por fim, propõe-se a superação de tal dicotomia enquanto critério principal de solução das lides que envolvem a responsabilidade civil médica, expondo o atual sistema jurídico consumerista como instrumento suficiente a dirimir a questão.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; obrigação de meios e de resultado; ônus da prova.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>11</b>
1.1    Conceito e breve esboço histórico .....	11
1.2    Pressupostos da responsabilidade civil .....	14
1.2.1    Conduta humana.....	15
1.2.2    Dano .....	16
1.2.3    Nexo de Causalidade.....	21
1.2.3.1    Teoria da equivalência das condições .....	22
1.2.3.2    Teoria do dano direto e imediato .....	24
1.2.3.3    Teoria da causalidade adequada .....	26
1.3    Excludentes da Responsabilidade Civil .....	29
1.3.1    Caso fortuito ou força maior .....	30
1.3.2    Fato Exclusivo de Terceiro .....	33
1.3.3    Culpa ou fato exclusivo da vítima.....	34
1.3.4    Culpa ou fato concorrente da vítima .....	35
1.4    Classificações.....	37
1.4.1    Responsabilidade Contratual e Extracontratual .....	38
1.4.2    Responsabilidade Subjetiva e Objetiva .....	39
1.4.2.1    Culpa.....	40
1.4.2.2    Risco .....	43
1.4.3    Responsabilidade de meios e de resultado .....	46
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....</b>	<b>50</b>
2.1    O exercício da medicina e a condição de cirurgião plástico estético.....	50
2.2    Natureza jurídica da responsabilidade civil médica e espécie contratual .....	53
2.3    A normativa que regula a responsabilidade civil dos médicos e a dos estabelecimentos hospitalares.....	58
2.4    Erro médico.....	60
2.5    Deveres anexos derivados da boa-fé objetiva .....	64
2.5.1    Consentimento informado e responsabilidade civil .....	66
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS ESTÉTICOS ..</b>	<b>75</b>
3.1    A cirurgia plástica estética – informações e características gerais .....	77
3.1.1    A cirurgia plástica reparadora, a cirurgia plástica estética e a cirurgia plástica híbrida.....	78
3.1.2    Responsabilidade Civil dos Cirurgiões Plásticos nas cirurgias plásticas propriamente ditas – doutrina e jurisprudência .....	80
3.1.2.1    A obrigação de resultado e a responsabilidade objetiva.....	80

3.1.2.2	A obrigação de meios e a responsabilidade subjetiva .....	84
3.1.2.3	A obrigação de resultado e a responsabilidade subjetiva .....	89
3.2	A superação da dicotomia meios <i>versus</i> resultado .....	93
3.3	O problema do ônus probatório .....	97
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>		<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>		<b>107</b>



## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é a vedete do direito civil e atualmente o ramo no qual mais se debruçam os estudiosos em razão do seu amplo espectro de incidência, bem como diante da abstração e da extensão de seus conceitos e pressupostos, que ensejam severas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Enquanto instrumento de composição jurídica dos conflitos mundanos, a responsabilidade civil tem por escopo principal a reparação de danos. Em sua acepção mais ampla, essa seara jurídica construiu teorias gerais aplicáveis as mais variadas inter-relações humanas, sempre na busca da reparação dos danos ocasionados às vítimas.

Algumas dessas teorias, entretanto, foram replicadas ao longo dos tempos de forma acrítica, o que contribuiu para a formação de um imbróglio jurídico intenso, mormente em certas relações jurídicas privadas. Com efeito, desenvolveu-se toda uma insegurança jurídica em torno de alguns temas e suas origens estão, dentre outros fatores, em doutrinas superficiais, julgamentos com fundamentos contraditórios e interpretações imprudentes dos operadores jurídicos.

A responsabilidade civil médica é, por si só, um desses setores do conhecimento jurídico em que imperam muitos contrassensos. Isso se dá, em grande parte, porque seu completo estudo necessita da análise de todos os pressupostos que regem a matéria e seus respectivos dilemas (conduta, nexos causal, dano e nexos de imputação).

Um dos exemplos mais evidentes da sobredita confusão conceitual e teórica é identificado na responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos. Deveras, é nessa especialidade da medicina que vige a absoluta contradição doutrinária e jurisprudencial.

Por verdade, muitos juristas aventuram-se em demonstrar seu posicionamento sobre o tema, todavia suas considerações, no mais das vezes, são desenvolvidas em cognição não aprofundada ou, por outro lado, apenas reproduzem a interpretação vergastada neste trabalho<sup>1</sup>. Em igual sentir está o âmbito jurisprudencial. As resoluções das demandas encontram fundamentos desarmônicos entre as múltiplas lides. Aliás, em alguns julgados, verifica-se até mesmo a coexistência de argumentos incoerentes entre si.

---

<sup>1</sup> Nesse ponto, merecem elogios a tese de doutorado escrita por Gustavo Borges e a dissertação de mestrado escrita por Pablo Renteria. A robustez de suas lições serviu de inspiração ao longo desse trabalho acadêmico.

Da responsabilidade objetiva à responsabilidade subjetiva, da culpa provada à culpa presumida, do adimplemento contratual à inexecução do ajuste entabulado, da natureza obrigacional “de meios” à “de resultado”. São essas, em síntese, as bruscas oscilações sobre as quais a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos tenta equilibrar-se e que serão objeto de análise deste trabalho.

A pesquisa está estruturada em levantamento bibliográfico sobre o tema (publicações de direito civil e de direito do consumidor, dissertações de mestrado e teses de doutorado, bem como artigos e revistas jurídicas especializadas na área) e no cotejo analítico da jurisprudência nacional, principalmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo e o procedimento adotado será o monográfico.

No primeiro capítulo tratar-se-á dos institutos basilares da disciplina – principalmente seus pressupostos e classificações – cuja compreensão é imprescindível a regular fluência do trabalho. Será o momento da correta apreensão de conceitos estruturais e de extirpação de alguns equívocos teóricos.

O capítulo seguinte será dedicado à responsabilidade civil médica em geral. Analisar-se-á quem é o profissional da medicina, bem como qual é a natureza de suas obrigações e a normativa que rege sua responsabilidade. Ainda haverá espaço para a discussão a respeito do erro médico e dos deveres secundários inerentes à atividade médica.

Por fim, o último capítulo centrar-se-á na responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos. Será traçado um paralelo entre os regimes de responsabilização aos quais esses profissionais estão submetidos a depender dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Em adendo, será investigada a utilidade da dicotomia existente entre as obrigações “de meios” e “de resultado” enquanto núcleo precípua da temática. Em sequência, explorar-se-á uma eventual superação dessa divergência em prol de um caminho alternativo, bem como os efeitos no campo do ônus probatório que a adoção desse novo paradigma evidencia.

## **1 RESPONSABILIDADE CIVIL**

Suscitada, em regra, em virtude da violação de um dever jurídico, a responsabilidade civil é classificada como imbuída de um escopo sancionatório, de penalizar ou ao menos de restituir a vítima de um dano ao estado anterior, indenizando-a pelo prejuízo causado em seu patrimônio ou em seu estado personalíssimo.

Grande parte dos subcapítulos abaixo desenvolvidos tentam desvendar as entrelinhas da enunciação genérica retro transcrita e poderiam ter obras inteiras a eles dedicadas. No entanto, apenas se objetiva, neste momento, pincelar seus aspectos mais importantes, fomentando o debate e guarnecendo o leitor da base teórica necessária para adentrar ao cerne do trabalho.

Nesse sentido, dar-se-á mais atenção à consolidação dos conceitos básicos sobre cada instituto que compõe esse ramo jurídico, bem como à eliminação de eventuais equívocos teóricos que prejudicariam sua compreensão. Eventuais aprofundamentos serão pontuais, a depender de sua importância ao restante da monografia.

### **1.1 Conceito e breve esboço histórico**

O alicerce de qualquer construção inicia-se por suas bases. O desenvolver cognitivo não destoa dessa lição, motivo pelo qual necessária, por primeiro, a explanação do conceito atribuído a esse âmbito do saber jurídico, qual seja, a responsabilidade civil.

Pois bem. A responsabilidade civil é comumente definida enquanto um dever jurídico sucessivo que surge como forma de restabelecer um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Em palavras mais rasas, responsável é aquele a cuja ação ou omissão se imputa o dever de ressarcir o prejuízo correlato; ou ainda, é aquele que se obriga a ressarcir os danos decorrentes da não observância de um dever jurídico pretérito (CAVALIERI, 2012, p. 2).

Nesse mesmo sentido pontua Carlos Roberto Gonçalves para quem são pressupostos intrínsecos à responsabilidade civil a violação de um dever jurídico e, por consequência, a geração de um dano. Em ato contínuo, o autor complementa seu conceito com a célebre sucessão de deveres, acima já delineada (2012, p. 24).

De fato, vê-se emergir já na definição técnica do sistema de responsabilização civil, o qual advém – conforme expresso pelos memoráveis autores – da referida conjunção de um binômio consecutivo entre fatos ou atos jurídicos originários e secundários, a primeira dificuldade em transpor à praxe a teoria dogmática.

No entanto, auxilia a deslindar esse possível dilema as palavras de Sílvia Rodrigues, segundo o qual a responsabilidade civil é a obrigação carregada a alguém de reparar o dano ocasionado a outrem, não só em virtude de ação ou omissão própria, mas também devido a fatos danosos originados por coisas ou pessoas que dela dependam (2008, p. 6).

Ao analisá-lo a fundo, percebe-se que a inversão proposta, isto é, focar primeiro no dever secundário (indenização), conquanto meramente de estilo, beneficia a interpretação daquele primeiro contato acadêmico, já que o cerne da problemática é desvelar se o prejuízo suportado pela vítima é passível ou não de ser indenizado por quem o ensejou (RODRIGUES, 2008, p. 6).

À derradeira, ainda que mencione posteriormente aquela clássica conceituação multimencionada – relação entre dever primário e secundário –, também se pode caracterizar a responsabilidade civil, em termos mais contemporâneos, como a obrigação patrimonial de indenizar um dano material ou compensar um dano moral advindos do desrespeito, pelo suposto ofensor, a um dever jurídico legal ou convencional (MELO, 2015, p. 2).

Não obstante essa fertilidade de conceitos, similar amplitude e distinção não se estendem à definição de sua natureza jurídica. Nesse ponto, parece que os poucos a se aventurarem nessa seara fazem coro por lhe atribuir um viés sancionatório, isto é, restituir o prejudicado ao *status quo ante* (SANTOS, 2008, p. 31).

Já deslocando o estudo ao desenrolar histórico, é sabido que nos primórdios da civilização humana o ressarcimento pelos danos suportados advinha de retaliação privada proporcional. Nesse período, a culpa ainda não figurava como elemento chave do processo indenizatório e o poder instituído, por sua vez, intercedia apenas na composição dos conflitos de modo a ressalvar abusos na efetivação da premissa de direito: “*olho por olho, dente por dente*” (DINIZ, 2013, p. 26-27).

Em sequência, sucedeu-se a época dos ajustes econômicos obrigatórios. Nesse ínterim, o mal sofrido deveria ser reparado em pagamento proporcional, sem o legislador da época – Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Leis das XII Tábuas – ser permissivo com vinganças de caráter pessoal (GONÇALVES, 2012, p. 25).

Outrossim, é ao tempo de Roma, especialmente diante dos regramentos constantes na tábua sétima, que surgiu a diferenciação entre os delitos públicos, sujeitos a uma pena – portanto intrínsecos a esfera da responsabilidade penal –, e os delitos privados, sujeitos à reparação civil (MELO, 2015, p. 12)<sup>2</sup>.

Entrementes, os institutos jurídicos do ato ilícito e o protagonismo da culpa como pressupostos da responsabilização civil surgiram apenas aos fins do século III a.C. com a *Lex Aquilia*, a qual punia o culpado pelos males ocasionados, ainda que sem qualquer relação obrigacional antecedente em face da vítima. Aliás, conquanto não corresponda ao teor complexo da matéria na contemporaneidade, é em razão dessa normativa que atualmente ainda se adjetiva tal modalidade obrigacional de responsabilidade aquiliana (VENOSA, 2009, p. 17).

Além disso, destaca-se que a percepção de responsabilidade civil – ao menos aquela classificada pela nomenclatura de subjetiva – tal como hoje entendida, é fruto da ampliação interpretativa da *Lex Aquilia* pela Escola do Direito Natural a partir do século XVII. Com efeito, a reparação dos danos só foi integralmente compreendida quando os operadores jurídicos perceberam que o núcleo basilar da responsabilidade civil encontrava-se na quebra do equilíbrio patrimonial decorrente do evento danoso. A partir de então, transpôs-se o centro das atenções da culpa – enquanto fato ensejador de indenização – para o dano (VENOSA, 2009, p. 17).

Por outro lado, os anseios da sociedade moderna, assim entendida aquela fruto da revolução industrial – cujo modelo de produção em massa e circulação global de mercadorias acentuou a sujeição aos mais variados perigos cotidianos –, não se satisfizeram com o modelo clássico de reparação até então posto, isto é, fundado na comprovação do elemento subjetivo culpa. Fazia-se necessária uma reformulação dessa teoria a fim de humanizá-la as novas demandas sociais (DINIZ, 2013, p. 28).

A problematização torna-se mais clara ao exemplificá-la por meio do âmbito trabalhista da época. Nessa seara, os operários, normalmente não capacitados ao seu

---

<sup>2</sup> De modo a elucidar tal diferenciação, transcrevem-se dois mandamentos cuja contraposição deixa clara a natureza jurídica diversa das represálias:

TÁBUA SÉTIMA

Dos delitos

1. Se um quadrúpede causa qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado.

[...]

11. Se alguém fere a ourem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.

respectivo labor, experimentavam graves lesões físicas sem qualquer indenização, visto que havia grande dificuldade ou mesmo completa inviabilidade de comprovar o nexo direto entre a culpa do empregador e a vítima do acidente de trabalho. Destarte, de modo a não os relegar à completa miséria, juristas passaram a afastar a imprescindibilidade da prova da culpa como pressuposto de responsabilização, delegando o dever indenizatório àqueles que se aproveitavam economicamente da atividade danosa (CAVALIERI, 2012, p. 151-153)<sup>3</sup>.

Ao fim da linha histórica até então traçada, poder-se-ia suscitar, ao menos tendo em mente os fins do presente trabalho, o sistema de responsabilidade nas relações de consumo. Contudo, para tanto haverá tratamento especial em capítulo próprio e, por conseguinte, repetitiva seria sua menção nesta breve retrospectiva. Ademais, outras ponderações acerca da dicotomia clássica (subjettiva-objetiva) também encontram espaço próprio, motivo pelo qual se passa, neste momento, ao estudo dos pressupostos da responsabilidade civil.

## **1.2 Pressupostos da responsabilidade civil**

As lições de Sílvia Rodrigues extraem da hermenêutica do art. 186 do Código Civil (CC)<sup>4</sup> que quatro são os pressupostos intrínsecos ao âmbito da responsabilidade civil: a) ação ou omissão do agente, b) culpa do agente; c) relação de causalidade; e d) dano experimentado pela vítima (2008, p.13-14).

Não obstante, ao analisar detidamente referida norma, excepciona-se que os pressupostos acima enumerados são apenas indispensáveis à elaboração da teoria da responsabilidade civil subjettiva. Por seu turno, como visto no breve esboço histórico, a responsabilidade civil objetiva prescinde do elemento culpa e, portanto, ela não poderia ser elevada a pressuposto geral desse ramo jurídico, já que lhe falta univocidade conceitual (CAVALIERI, 2012, p. 19).

---

<sup>3</sup> Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 229-234) ressalta que, entre a transposição da responsabilidade civil subjettiva em objetiva, permeavam teorias de transição, arraigadas ao dogma da “nenhuma responsabilidade sem culpa”. Entre as alternativas teóricas mencionadas, a responsabilidade contratual era o subterfúgio utilizado pelos autores Sinclette e Narc Sauze, os quais imputavam ao contrato de trabalho a cláusula implícita de garantia da segurança do obreiro pelo empregador como forma de responsabilizá-lo por eventual acidente de trabalho.

<sup>4</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Portanto, aprofundando a temática, aparentam ser apenas três os pressupostos universais da responsabilidade civil, quais sejam: a) ação ou omissão; b) dano e c) nexo causal. Por bem da verdade, a culpa e o risco decorrentes de ato lícito ou de ato ilícito são qualificações jurídicas que fundamentam a responsabilidade civil, mas não são, necessariamente, seus pressupostos (DINIZ, 2013, p. 53-55).

Essa última observação é relevante para a compreensão sistemática da matéria, pois sob a análise minudente de seus argumentos desvincula-se a correlação errônea entre ato ilícito e/ou conduta culposa e dever de indenizar. De fato, essa premissa pode até ser regra geral da codificação privada, mas não corresponde, necessariamente, aos pressupostos da responsabilidade civil em sentido lato<sup>5</sup>.

Aliás, tão imperiosa é a clareza dessa cognição que Regina Beatriz Tavares da Silva lança as seguintes e contundentes palavras:

A identificação exata do significado de pressupostos e de fundamentos leva à organização das ideias e à clareza do raciocínio lógico na apreciação do caso concreto.

Nota-se que não se trata de firula terminológica a distinção entre pressupostos e fundamentos, mas de utilização instrumental técnico-jurídico indispensável na responsabilidade civil.

Os pressupostos são a ação, o dano e o nexo causal entre ação e o dano.

Os fundamentos podem ser a culpa (dolo, negligência, imperícia e imprudência) ou o risco (previsto em lei ou decorrente de atividade normalmente exercida pelo agente) (2009, p. 26-27).

A partir de agora, tendo essa importante diferenciação em mente, pode-se analisar especificadamente cada um dos pressupostos da responsabilidade civil.

### 1.2.1 Conduta humana

Preliminarmente, prudente é a explanação do porquê utilizar a nomenclatura retro para descrever este primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Mais uma vez, não se trata aqui de preciosismo acadêmico, mas sim da compreensão dos exatos termos de sua abrangência, mormente no que tange ao sobredito adjetivo qualificador.

De notar que apenas atos humanos, por meio de ação ou omissão voluntária, isto é, imbuídos de consciência e autodeterminação – o que não se confunde com previsão do

---

<sup>5</sup> Impende ressaltar que alguns autores, como Noronha (2010, p. 495-497), ao invés de enxergarem na culpa ou no risco fundamentos da responsabilidade civil, tributam-lhes o status de quarto pressuposto, denominado de “nexo de imputação”.

resultado danoso –, são propulsores e, simultaneamente, objetos de imputação da responsabilidade civil. Em outras palavras, fatos jurídicos em sentido amplo, decorrentes das forças naturais, sem quaisquer laços diretos ou indiretos com a atividade do homem, ainda que causadores de dano, não ensejam responsabilização perante o vitimado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 78-80).

Destarte, é apenas a conduta humana que importa na aferição de eventual responsabilidade civil. Ela pode ser comissiva ou omissiva, qualificada pela ilicitude ou até mesmo chancelada pelo ordenamento jurídico. Além de imbuída de voluntariedade, deve ser direta ou indiretamente imputável ao agente, a terceiro ou a fato de animal ou coisa inanimada, estes últimos a alguém necessariamente vinculados. Por fim, tal conduta só será relevante juridicamente se ocasionar dano à vítima e, por conseguinte, gerar o dever indenizatório respectivo (DINIZ, 2013, p. 56).

Essas palavras fazem romper, mais uma vez, o suposto vínculo entre conduta humana e ato ilícito. Por certo, veja-se que a conduta positiva ou negativa prescinde do ato ilícito para surgir eventual dever indenizatório.

De forma a concretizar a disjunção supramencionada, pode-se socorrer de dois dos exemplos que serão corroborados mais a frente: o agir em legítima defesa ou em estado de necessidade. Embora ambos sejam fatores excludentes de ilicitude e, portanto, o ato seja legítimo e respaldado em lei, restará conservada a indenização da vítima pelos danos acidentais derivados da circunstância excepcional (MELO, 2015, p. 30-36)<sup>6</sup>.

À vista disso, bem como diante da argumentação desenvolvida até então, passa-se à apreciação do segundo pressuposto da responsabilidade civil: o dano.

### 1.2.2 Dano

O grande cerne da responsabilidade civil é o dano. Já a restituição do lesado ao *status quo ante* – mesmo que de forma compensatória – sintetiza seu *télos*. Por certo, ainda

---

<sup>6</sup> A observação de Bezerra de Melo é feita com fulcro legal nos arts. 929 e 930 do Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo socorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).



quando a conduta humana seja ilícita, culposa, dolosa ou mesmo de extremo risco, se não verificado o dano correspondente, inconcebível será qualquer dever de indenizar. Não fosse assim, haveria enriquecimento ilícito daquele que se apodera do injusto ressarcimento, bem como imposição de punição a quem suporta referido encargo (CAVALIERI, 2012, p. 76-77).

Vê-se, dessa forma que, conquanto exista responsabilidade sem culpa, não há que se falar em responsabilidade sem dano (GONÇALVES, 2012, p. 358). Entretanto enquanto esse axioma é bastante difundido pela doutrina, a sua conceituação é nebulosa.

Poder-se-ia adotar, por exemplo, o exposto por Diniz que, inspirada na leitura de Lucio Bove, conceitua dano “*como a lesão (diminuição ou destruição) que devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral*”<sup>7</sup> (2013, p. 80).

Entretanto, apesar de límpida, o que melhor merece esclarecimento é o fato de porque o dano em sentido jurídico não pode ser confundido com dano em sentido material, bem como as demais consequências que decorrem de tal discernimento.

Deveras, o dano jurídico não pode se equiparar a uma mera operação matemática que calcule o prejuízo suportado pela vítima após a sua ocorrência. Essa simplicidade teórica compactua com a acepção comum ou mundana de dano que, todavia, não compreende a complexidade e extensão do sentido jurídico do termo (SCHREIBER, 2009, p. 100).

Isso porque, embora em certa medida<sup>8</sup> tal definição de dano identifique-se com o sentido jurídico de dano patrimonial na qualidade de mera reparação do que foi economicamente perdido com o advento da conduta lesiva, não há como conciliar tal sistema hermenêutico aos danos denominados de “extrapatrimoniais” (SCHREIBER, 2009, p. 101).

Com efeito, não é possível fazer uma mensuração matemática do prejuízo decorrente de atos lesivos a interesses extrapatrimoniais. Aliás, esse óbice resultou por definir os danos extrapatrimoniais pela via transversa, isto é, conceituá-los enquanto aqueles

---

<sup>7</sup> Para evitar o discurso prolixo, prefere-se listar os requisitos do dano indenizável, segunda a memorável autora, fora do corpo do texto. São eles: a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) Efetividade ou certeza do dano; c) Causalidade; d) Subsistência do dano; e) Legitimidade; e f) Ausência de cláusulas excludentes de responsabilidade (2013, 81-83).

Por outro lado, há de constar que existe quem discorde desse rol e enxugue-o, elencando como aspectos extrínsecos ou secundários: a causalidade, a legitimidade e a ausência de cláusulas excludentes da responsabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 91-92).

<sup>8</sup> A ressalva deve-se ao fato de que, mesmo no âmbito patrimonial, tal teoria não se adapta perfeitamente, mormente no que tange aos danos gerados pela perda de uma chance e aos lucros cessantes, institutos que não contêm base de cálculo segura para efetivar tal operação matemática de subtração entre o que foi perdido e o status econômico anterior (SCHREIBER, 2009, p. 100-101).

prejuízos que não são suscetíveis de apreciação econômica, o que acaba, de igual modo, por compreender uma amplitude tão vasta de possibilidades que torna seu conteúdo tecnicamente intolerável. Ou ainda pior, em virtude da ausência de base de cálculo objetivamente aferível, confunde-se o dano moral com sua exteriorização mundana, definindo-o sua reparação como compensação aos sentimentos de dor, sofrimento, desonra, etc. (SCHREIBER, 2009, p. 103-104).

Por essas razões, prefere-se adotar uma visão mais objetiva do conceito de dano, qual seja, a de lesão a um interesse jurídico tutelado. Dessa forma, desloca-se o foco da análise à investigação sobre o objeto da lesão – o bem jurídico da vítima (material ou imaterial) que foi verdadeiramente ultrajado pelo ofensor –, a fim de que se questione se tal interesse é merecedor de proteção ou não, o que viabiliza a apuração do que efetivamente é um dano ressarcível (SCHREIBER, 2009, p. 105).

Após essa importante observação, aproveita-se a dicotomia utilizada anteriormente de modo a alcançar o conceito de dano para continuar o estudo desse pressuposto da responsabilidade civil. De fato, classifica-se o gênero dano e, ao menos duas espécies: dano patrimonial e dano moral.

A primeira espécie, conforme acima já salientado, é comumente compreendida como os danos que causem lesão a bens e a direitos economicamente apreciáveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 92). Isto é, são os danos que impactam o patrimônio da vítima, entendido como o conjunto de suas relações jurídicas economicamente mensuráveis (CAVALIERI, 2012, p. 77-78).

Por sua vez, o dano patrimonial, de acordo com os critérios estipulados pelo art. 402 do CC<sup>9</sup>, ainda contempla em seu bojo os danos emergentes e os lucros cessantes. Aqueles, também denominados de danos positivos, são os de mais fácil visualização, porquanto protegem a efetiva e pronta diminuição do patrimônio. Já estes, em outra perspectiva, abrangem a não menos importante quantia que razoavelmente deixou de ser auferida (VENOSA, 2009, p. 37).

Aliás, devido a maior dificuldade pragmática neste ponto, crucial o aprofundamento da questão referente aos horizontes indenizatórios dos lucros cessantes. Isso em virtude de que esse *quantum* não pode ser algo meramente hipotético ou imaginário, pelo

---

<sup>9</sup> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

contrário, de modo a dar bases concretas à estipulação do valor indenizatório, o magistrado deve analisar, de início, se há relação direta e imediata entre dano e frustração de receitas futuras. Ao fim, por ilação conjectural, deve suprimir o ato lesivo e se questionar se o que está sendo requerido a título de lucro cessante seria corolário lógico do desencadeamento natural dos fatos (CAVALIERI, 2012, p. 79-82).

Finalizada esta última observação, desloca-se o estudo ao polo oposto, onde se encontra o dano moral, também classificado como dano extrapatrimonial.

Com tal desiderato, relevante comentar o progresso no trato do tema. Por longo transcurso temporal, a posição doutrinária dominante era refratária à indenização de danos sem tangibilidade econômica. Destarte, aventavam-se numerosos óbices ao reconhecimento dessa nova modalidade de danos, principalmente em face de seus caracteres peculiares. Dentre eles, pode-se destacar a transitoriedade de algumas circunstâncias lesivas, a grande dificuldade em identificar sua existência, seu conteúdo e sua extensão, a imoralidade em indenizar o sofrimento humano pecuniariamente, bem como a inexistência de critérios objetivos para a quantificação do montante indenizatório (MELO, 2015, p. 127).

Entretanto, por mais estranha que pudesse ser, a princípio, a compensação de um dano extrapatrimonial, ainda mais repugnante seria ignorar a realidade posta, motivo pelo qual os operadores do direito logo encontraram formas de conciliar a ordem jurídica com a assecuração da mais ampla reparação de danos aos cidadãos (MELO, 2015, p. 127).

Para objetivar sua análise e, em ato contínuo, possibilitar uma reparação efetiva, a doutrina mais avançada singularizou os danos morais enquanto produtos da violação a direitos da personalidade. Percebe-se que, nessa acepção, a dor, a angústia, a tristeza e diversos outros sentimentos negativos da psique humana, tão enaltecidos por memoráveis juristas – como Caio Mário da Silva Pereira –, não mais se confundem com o próprio dano; traduzem, noutro sentir, sua exteriorização natural, bem como possível critério de cálculo para o respectivo arbitramento<sup>10</sup> (DINIZ, 2013, p. 109).

---

<sup>10</sup> Não por outro motivo que foi aprovado na V Jornada de Direito Civil o Enunciado n. 445, *in verbis*: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Ademais, as palavras sobreditas não tecem críticas – nem mesmo se ousaria – ao memorável Caio Mario da Silva Pereira, visto que este se valeu da cognição vigente a sua época. Mesmo assim, o clássico jurista brasileiro já trilhava os passos da conceituação mais moderna: “O fundamento da responsabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica que sejam impunemente atingidos” (1995, p. 54).

Em outros termos, quer se dizer que “*a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado*”. Assim, existirá dano moral se determinado direito de personalidade (imagem, por exemplo) for diretamente afetado pela conduta do agente danoso, independentemente dos efeitos mundanos dele derivados (SCHREIBER, 2009, p. 130).

Quanto à cumulação do dano material com o dano moral, há muito não subsiste qualquer discordância, pois desde Caio Mário já se consignava que elas não são incompatíveis entre si. Por certo, o fato gerador de ambos pode até ser o mesmo, todavia os efeitos dele decorrentes são múltiplos, causando prejuízos em searas distintas<sup>11</sup> (1995, p. 45).

Discrepante dessa univocidade, contudo, está outra matéria sumulada pelo STJ, qual seja, a caracterização do dano estético como um *tertium genus* para além da dicotomia até então exposta<sup>12</sup>.

Na qualidade de dano estético, segundo Kfoury Neto, situa-se “*a lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém*”. Além disso, o autor acrescenta a persistência temporal do dano como requisito de sua caracterização (2013, p. 127).

Não obstante, mais completo parece ser Bezerra de Melo, o qual, após analisar o conceito de dano estético exposto por Tereza Ancona Lopez<sup>13</sup>, atribui como seus elementos de constituição, além da permanência da lesão, a redução dos atributos físicos (“enfeamento”) e a angústia ocasionada diante da repulsa das pessoas (2015, p. 164).

Superado isso, no que toca à polêmica suscitada, vê-se que quanto a sua origem, o dano estético exprime a ofensa à integridade física, à imagem e à honra da vítima, isto é, ofende direitos de personalidade do lesado, do que não difere do dano moral. Outrossim, quanto aos seus efeitos, o dano estético alcança aspectos intrínsecos e extrínsecos da personalidade da vítima, mais uma vez não se distinguindo do dano moral. Em síntese, dano estético seria sinônimo de dano moral (SILVA, 2009, p. 66).

Por isso, há juristas, como Cavalieri Filho, que rechaçam a suposta diferenciação entre dano moral e dano estético, aduzindo ser mero artifício desenvolvido para que, em face

---

<sup>11</sup> Vide Súmula n. 37 do STJ editada nos idos 1992: “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”.

<sup>12</sup> Súmula n. 387 do STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

<sup>13</sup> Define a autora “*dano estético como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta ‘enfeamento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral*” (2004, p. 46).

do nível de amargura intrínseco a este último, seja possível arbitrar maiores valores indenizatórios (2012, p. 113-114).

Pelo mesmo ângulo encontra-se Leonardo Vieira Santos, porquanto a motivação de conceder uma indenização ampla e integral não legitima a construção de novas espécies de danos. Em ato contínuo, o aludido autor arremata que, além da bipartição clássica, não há justificativa para se sustentar uma terceira categoria de dano (2008, p. 43).

Entretanto, também existem posições doutrinárias em sentido oposto. Bezerra de Melo, ao início de suas considerações, atento ao princípio da reparação integral do dano, bem como com fulcro no art. 944, *caput*, do CC<sup>14</sup>, entende ser indenizável por si mesma a lesão estética suportada pela vítima, pois é materialização de direito subjetivo próprio, que necessita de tutela específica por meio de indenização singular (2015, p. 162-163).

Aliás, nesse sentido também é de extrema felicidade o fecho dado ao tema pela citação de Valença Hernandes cuja lição doutrinária soa poética:

O dano estético distingue-se do dano moral. O primeiro – dano estético – está voltado para fora, vulnera o corpo, atinge desfigura a silhueta, a beleza e plástica, correspondente ao patrimônio da aparência. O segundo - dano moral – é intrínseco, está voltado para dentro, afeta os sentimentos, macera a alma, penetra os domínios da emoção, incorpora ao psiquismo, integra a essência do ser, constitui o acervo da consciência (MELO, 2015, p. 165).

Após definição, classificação e elucidação de possíveis divergências, transferem-se os esforços ao terceiro pressuposto da responsabilidade civil.

### 1.2.3 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade ou liame etiológico é inegável pressuposto da responsabilidade civil que exerce a imprescindível função de conectar os dois elementos anteriores – conduta humana e dano –, concluindo a tríade que rumo ao múnus indenizatório. Em síntese, o dano somente culmina em responsabilidade quando for viável consolidar um nexo causal entre ele e o agente que praticou a conduta (GONÇALVES, 2012, p. 350).

---

<sup>14</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Seria plausível estipular que a simplicidade do conceito de nexos causal se estendesse ao seu conteúdo, mas na verdade tal modéstia contrapõe-se aos obstáculos pragmáticos de sua aferição (SCHREIBER, 2009, p. 53).

Averiguar-se a exata extensão desse pressuposto é tarefa complexa, mormente nos casos em que existe multiplicidade de causas predispostas ao evento danoso, ou seja, quando existe um feixe de condições concorrendo sucessiva ou concomitantemente para a consecução do dano e é imperioso descobrir qual dentre elas é a que efetivamente causou o resultado (CAVALIERI, 2012, p. 50).

Aliás, é justamente devido a esse encadeamento de circunstâncias que somadas culminam na realização de um dano que desde muito se tem afirmado ser o nexos causal o mais sensível dos pressupostos da responsabilidade civil, bem como o de maior incerteza deliberativa<sup>15</sup> (PEREIRA, 1995, p.76-77).

De modo a solucionar tal imbróglio, afloraram três principais teorias: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria do dano direto e imediato; e c) teoria da causalidade adequada.

### 1.2.3.1 Teoria da equivalência das condições

Pela teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, estampada no art. 13, *caput*, do Código Penal<sup>16</sup>, o procedimento a ser observado para designar se uma causa concorreu para o resultado danoso é eliminá-la mentalmente e, em seguida, constatar se mesmo assim o dano se perfectibilizaria. Em caso de retorno positivo, então o fato mentalmente eliminado não foi no mundo fático ensejador do dano (VENOSA, 2009, p. 48-49).

Em outras palavras, segundo essa primeira teoria, toda circunstância que cooperou para a estruturação do dano é considerada causa do mesmo. Veja-se que essa afirmação é a interpretação *contrario sensu* do procedimento sobredito, pois quando a ação (ou a omissão)

---

<sup>15</sup> “Pocos asuntos han dado lugar a una controversia tan rispida en el derecho comparado, y la profusa bibliografía sobre la matéria, especialmente de origen germánico, da cuenta de sua vigenica actual” (GOLDENBERG, 2009, p. 13).

<sup>16</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

eliminada mentalmente também implica em que o dano respectivo desapareça, significa, em inversão lógica, que aquela deu causa a este (GONÇALVES, 2012, p. 351).

Contudo, embora essa teoria seja simplista e facilite o ressarcimento à vítima diante da amplitude de legitimados, não vem sendo utilizada em razão de ter levado muito distante as consequências da responsabilidade ao incutir a determinado dano um sem número de causas (PEREIRA, 1995, p. 78).

Referidas críticas devem-se ao fato de que tal teoria não faz distinção entre causas e condições<sup>17</sup>. Pelo contrário, há uma indivisibilidade material do resultado, em razão de que cada uma das condições caracteriza, ao final, causa do todo. Em outras palavras, uma condição é nascedouro da condição subsequente, e todas, em uma organicidade única, seriam causa do evento danoso. Assim, por decorrência lógica, o acontecimento lesivo dependeria de cada uma das condições que o precederam (GOLDENBERG, 2009, p. 16).

No entanto, veja-se que as teorias da causalidade têm como finalidade desvendar qual entre todos os fatores que contribuem para um resultado danoso é o mais determinante a sua perfectibilização. Nessa linha de intelecção, as circunstâncias que são determinantes para a consecução do dano serão suas causas, enquanto as que apenas o antecedem, sem essa referida relação de relevância, serão suas meras condições. Em síntese, condições são todos os fatos pretéritos ao dano que estão em sua origem e sem os quais ele não existiria. Em contrapartida, as causas são apenas aquelas condições específicas que podem ser consideradas como efetivamente determinantes para o resultado danoso (NORONHA, 2010, p. 613).

Por sua vez, a teoria da equivalência das condições, ao não realizar tal distinção, culmina em variados infortúnios – tais como o retrocesso infinito a condições completamente disjuntas do resultado danoso –, motivo pelo qual terminou por ser subutilizada, ou melhor, terminou por ser relegada em favor das outras duas proposições teóricas a seguir esmiuçadas (CAVALIERI, 2012, p. 51).

---

<sup>17</sup> “Como lo indica su propia denominación, para dicha teoría todas las condiciones son del mismo valor (equivalentes) en la producción del daño. No cabe, por consiguiente, hacer distinciones; todas son indispensables de modo que si faltase una sola el suceso no habría acaecido” (GOLDENBERG, 2009, p. 16).

### 1.2.3.2 Teoria do dano direto e imediato

Do extremo oposto surge a segunda proposição teórica cujas bases detêm esteio em rígida interpretação do art. 403 do CC<sup>18</sup>, ainda que esse dispositivo esteja posicionado junto ao direito das obrigações contratuais do Códex privado, ou seja, sem qualquer proximidade aparente às obrigações de indenizar extracontratuais.

A construção teórica tem origem em texto de Paulo, o qual interpretado por Dumoulin e, em ato contínuo, utilizado por Pothier afirma que o devedor só pode responder pelo dano que concerne à coisa e não pelo dano extrínseco, isto é, fora da coisa (ALVIM, 1972, p. 347).

Consoante a cognição semeada por essa teoria, o agente responderá pelos danos decorrentes direta e imediatamente, ou seja, proximamente, de sua conduta (GONÇALVES, 2012, p. 623). Ou seja, ao menos em sua construção mais rudimentar, tal teoria restringe a causa do dano aos eventos diretos e imediatos que a ele se vinculam, sem um retrocesso infinito a causas remotas (SCHREIBER, 2009, p. 58).

Por outro lado, posteriormente, em nítida evolução do conceito sobredito, asseverou-se que o liame etiológico consistiria em uma relação necessária entre a conduta humana e o evento danoso, ou nos termos de seu maior representante em solo brasileiro, Agostinho Alvim, “*é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que lhe seja causa necessária por não existir outra que explique o mesmo dano*” (1972, p. 356).

De modo a exemplificá-la em termos mais concretos, serve-se da célebre formulação de Pothier. Nessa reflexão hipotética um pecuarista ajusta contrato de compra e venda de uma vaca sabidamente pestilenta que culmina na disseminação da eiva por todo o rebanho do comprador. Ainda, por consequência do padecimento dos animais, sucedem-se vários outros efeitos perniciosos, como a improdutividade da terra e sua posterior expropriação judicial pelos credores do agricultor, já que este não pode cumprir com seus haveres (GONÇALVES, 2012, p. 354).

A solução desse embate seria indenizar apenas o valor despendido pela vaca pestilenta, bem como o *quantum* respectivo pelo rebanho afetado, já que os demais prejuízos,

---

<sup>18</sup> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.



mesmo que vinculados ao ato de venda da vaca pestilenta, encontram-se dele muito longínquos. Não bastasse, ainda se afirma que a inércia do credor, que poderia ter promovido outras diligências para mitigar os prejuízos sofridos, deveria ser considerada a efetiva causa dos demais danos (GONÇALVES, 2012, p. 354).

Com efeito, a referida teoria propaga que quando há a violação de um direito por parte do credor da obrigação, ou por parte de terceiro, obsta-se o nexa causal em curso e, por consequência, dispensa-se de responsabilidade a conduta que ensejou o dano primário. É o que supostamente justificaria a não indenização dos eventos sucedidos após a contaminação do rebanho (ALVIM, 1972, p. 348).

De início, quanto a este último argumento, o qual elimina o nexa causal por não ser resultado “direto e imediato” da venda, prudente trazer à tona crítica jurídica que não se vê nesses casos propriamente “*uma violação de direitos por parte do credor ou de terceiro*”, isto é, não existe o rompimento do nexa etiológico por ato superveniente, mas sim a incidência de outras categorias que excluem a responsabilidade civil da conduta originária. No caso em comento, verifica-se que, em verdade, a responsabilidade do alienante foi interrompida pela inércia da própria vítima em mitigar seu dano (SILVA, 2009, p. 32).

A todo modo, a cognição global da teoria também recebe variadas críticas, especialmente pelo fato de que não devem ser apenas os danos provenientes direta e imediatamente da conduta lesiva os passíveis de indenização. Se essas expressões, hoje inclusive normatizadas, fossem interpretadas com tamanha inflexibilidade, até mesmo a famosa enunciação de Pothier restaria imprópria à finalidade teórica perseguida, dado que seria a vaca o único objeto de indenização, afinal há uma causa intermediária entre a alienação da vaca pestilenta e o padecimento dos outros animais, que é o seu contágio (NORONHA, 2010, p. 621).

No entanto, se reputadas as expressões direto e imediato enquanto termos que se reforçam a fim de traduzir o conceito de necessariedade, referidas críticas perdem a procedência – e é justamente essa percepção da teoria que a melhor explica. Pothier não afirma que é a distância entre o fato gerador da contaminação e a perda do cultivo que eximem o alienante da responsabilidade, mas sim o fato de o padecimento dos animais poder ter como causa outras circunstâncias (ALVIM, 1972, p. 361).

Em síntese, não é propriamente o lapso temporal ou espacial entre a conduta e dano que eximem o agente de responsabilidade, mas sim a interposição de um novo nexa

causal, que desaparece com o liame anterior. É a procura do nexo causal necessário, aquele com o qual o dano se filia necessariamente, independentemente de outras causas, que melhor designa o télos dos termos legislativos direto e imediato (ALVIM, 1972, p. 356-357).

Mesmo nesses moldes, continua vultosa a dificuldade em distinguir quais entre as múltiplas causas ensejadoras do evento danoso será a “necessária”, uma vez que tal raciocínio depende da subjetividade do expectador, que se inclina a reputar como causa aquela condição do evento danoso que aprecie na qualidade de mais importante para sua conclusão (NORONHA, 2010, p. 626).

De qualquer forma, parece que ambas as formulações não são imunes a críticas. Isso porque, se direto e imediato significar proximidade do dano à conduta do agente, embora relativamente mais simples e até mesmo mais objetiva sua aferição no caso concreto, tal conceito de causa excluirá de seu âmbito de atuação os chamados danos por ricochete ou danos reflexos, fundados precipuamente em causas indiretas. Se, por outro lado, direto e imediato comungarem rumo à acepção de necessariedade, recair-se-á no subjetivismo do julgador, conforme acima ressaltado (SCHREIBER, 2009, p. 60).

Enfim, após apresentada e devidamente superada tal teoria, chega-se ao momento de explorar a última entre as teorias elencadas.

### **1.2.3.3 Teoria da causalidade adequada**

A teoria da causalidade adequada propõe uma exegese diversa do art. 403 do CC, porquanto possibilita uma responsabilização mais ampla de condutas humanas, inclusive aquelas indiretamente vinculadas ao dano, mas sem as quais este não se sucederia (NORONHA, 2010, p. 635-636).

Ademais, a teoria da causalidade adequada não ratifica os deméritos da teoria da *conditio sine qua non*, pois detém como requisito intrínseco a investigação empírica daquilo que ordinariamente acontece, ou seja, pondera situações concretas em busca do fato gerador mais adequado a consecução de determinado dano e, dessa forma, evita a confusão entre os conceitos de causa e de condição, conforme anteriormente esclarecido (CAVALIERI, 2012, p. 51).

Em outras palavras, o nexo de causalidade só pode ser considerado como “adequado” quando for possível e provável a causação do resultado danoso, tendo em vista aquilo que geralmente acontece (*id quod preumque accidit*). Portanto, a noção de causalidade adequada pressupõe uma pluralidade de acontecimentos similares e não uma ocasião excepcionalíssima ou improvável (GOLDENBERG, 2009, p. 24).

Para melhor se compreender essas virtudes da proposição em comento, faz-se necessário apurar seus contornos de forma mais aprofundada, principalmente a sobreposição de um novo conceito até então não apreciado: a “relação de adequação”.

Como já afirmado, tal teoria observa o desenrolar empírico dos fatos mundanos – “curso normal das coisas” – de modo a asseverar se há possibilidade de uma mera condição transformar-se em causa do dano. Para esse processo cognitivo se perfectibilizar demanda-se uma “relação de adequação”, isto é, interrogar-se se o resultado danoso é conseqüência normalmente aferível do fato que está sob análise, procedimento que se efetiva por meio da prognose retrospectiva (NORONHA, 2010, p. 627).

Por primeiro, percebe-se que não é o bastante que as causas sejam necessárias a realização de um dano, mas também que estejam revestidas de um “critério de adequação”, qual seja ele, responder positivamente à inquirição segundo a qual, entre as possíveis causas de um dano, existe possibilidade objetiva de alcançar o resultado danoso em análise. Em termos mais resumidos, deve-se proceder a uma investigação acerca da probabilidade de certa condição, em regra, ocasionar determinado dano (SILVA, 2009, p. 24).

Por seu turno, o método da prognose retrospectiva consiste em uma simulação abstrata<sup>19</sup>, posterior à efetivação do dano concreto, na qual se retrocede ao momento anterior ao fato gerador em análise e averigua-se a existência ou não da supracitada “relação de adequação” (NORONHA, 2010, p. 627-628).

Ora, veja-se que, por intermédio desse artifício técnico, a teoria da causalidade adequada não se prende a causas temporal ou espacialmente próximas do evento danoso, visto que não são esses os critérios que mais propriamente demonstram a responsabilidade em face de determinado dano. Na verdade, há de se averiguar a proximidade lógica entre a conduta e o

---

<sup>19</sup> Discorrendo sobre a “*prognosis póstuma*”, Goldenberg corrobora o pensamento de Noronha: “*Este juicio de idoneidad o cálculo de probabilidades tiene que plantearse en abstracto, o en general, con prescindencia de lo efectivamente sucedido, atendiendo a lo que usualmente ocurre; y no en concreto o en particular, es decir, como se han producido realmente las cosas*” (GOLDENBERG, 2009, p. 24).

dano e, dessa forma, fatos ocorridos há muito tempo podem ser logicamente mais próximos do dano do que outros ocorridos em interstício temporal mais recente (SILVA, 2009, p. 24).

Nem por isso a teoria é imune a críticas. Pelo contrário, alega-se que o juízo de probabilidade ou de “adequação” – assim como o conceito de necessariedade –, fundamento central dessa construção teórica, também não proporciona critérios objetivos de análise, culminando naquilo que o examinador do caso concreto entenda ser. Além disso, alerta-se que a teoria da causalidade adequada confunde os conceitos de causalidade e de culpabilidade ao imiscuir na averiguação daquela o critério da previsibilidade, próprio da noção de culpa (GOLDENBERG, 2009, p. 28).

Enfim, em razão da quantidade de estudos divergentes sobre o tema pode-se afirmar que não existe teoria irrefutável e que, por meios matemáticos, alcance resultado objetivo, sendo esse um eterno desafio da ciência jurídica (MELO, 2015, p. 230-231).

Outrossim, em virtude de tamanha complexidade, quando da praxe judicial sobrevêm eventuais questões mais obscuras acerca dos horizontes do nexa causal, elas resolvem-se a partir do conhecimento empírico do julgador referente a cada caso concreto, sustentando-se o posicionamento adotado mais na intuição (bom senso e experiência judicante) do que em qualquer substrato conceitual (GOLDENBERG, 2009, p. 13).

Não por outro motivo ressalta-se que o mais importante, para além da denominação das teorias – muitas vezes tratadas de modo eclético pela jurisprudência –, é se investigar o nexa causal necessário para revelar o dever indenizatório. Cinge-se ao que se convencionou chamar por teoria da causalidade necessária – e que tanto pode representar a teoria da interrupção do nexa causal quanto a teoria da causalidade adequada, embora mais se assemelhe a aquela (TEPEDINO, 2009, fls. 71 e 74).

Por esse ângulo, o liame etiológico só será interrompido pela superveniência de causa relativamente independente, entendida esta enquanto o acontecimento que torna remota a causalidade anterior, não interessando a proximidade temporal entre ela e o dano, mas sim se a ocorrência superveniente é suficiente a construir um novo vínculo de necessariedade em relação ao dano. Assim, cessará o liame anterior, não apenas por ser remoto, mas também porque outro liame de necessariedade se interpôs entre ele e o dano (TEPEDINO, 2006, p. 71).

### 1.3 Excludentes da Responsabilidade Civil

De modo a esmiuçar as excludentes da responsabilidade civil da forma mais completa possível, imperioso salientar, de início, que tal denominação, além de abranger as excludentes do nexo causal, inclui as excludentes do nexo de imputação, o instituto jurídico da prescrição, bem como excludentes fundadas em dispositivos legais específicos (NORONHA, 2010, p. 544).

A esses dois últimos (prescrição e hipóteses excepcionais de exclusão da responsabilidade civil) não haverá grande dedicação, tendo em vista ser instituto jurídico demasiadamente conhecido (e de interpretação controvertida, neste ponto, por Noronha<sup>20</sup>) ou pela sua rara incidência fática, respectivamente.

Por outro lado, no que tange às excludentes do nexo de imputação – ou como diria Diniz, excludentes dos fundamentos da responsabilidade civil –, afora a hipótese de inexistência do próprio nexo de imputação que se limita, em síntese, a ausência da própria conduta culposa, especial atenção deve ser dispensada aos chamados “atos justificados”.

Pela referida alcunha devem ser identificados aqueles atos que, embora tenham ocorrido em circunstâncias em que seria inexigível qualquer outra atitude do agente, causaram dano a determinada pessoa ou a seu patrimônio. De fato, esses termos nada mais descrevem senão as excludentes da ilicitude (legítima defesa, o estado de necessidade ou o estrito cumprimento do dever legal), as quais só eximem o agente delas imbuído de indenizar os danos causados diretamente pelo criador do perigo, mas não terceiros por ventura atingidos na mesma circunstância fática (NORONHA, 2010, p. 545-546).

Essa digressão é de suma importância na medida em que, assim como não se pode confundir ato ilícito e responsabilidade civil, também não se deve equivaler excludentes da responsabilidade e excludentes da ilicitude, até porque enquanto aquelas eximem a responsabilidade, estas últimas nem sempre o fazem, conforme já ressaltado (SANTOS, 2008, p. 57).

---

<sup>20</sup> Noronha relaciona a prescrição à exclusão da responsabilidade devido a sua interpretação peculiar de referido instituto. Para ele “*Tanto a prescrição como a decadência consistem na perda de um direito ao fim de um certo prazo, devido ao seu não exercício. Não parece exata a opinião ainda hoje prevalecente, segundo a qual a prescrição não implicaria perda do direito, paralisando apenas o respectivo exercício, ou extinguindo somente a pretensão do titular. Se o direito persistisse, caberia ao processo, que é meramente instrumental, assegurar-lhe o exercício e, por outro lado, se a prescrição não extinguisse o direito, teríamos de admitir que este subsistiria ad aeternum*” (2010, p. 80).

A partir deste momento, já efetuadas as imprescindíveis explicações que suscitaríamos eventuais dúvidas, pode-se apreciar com lucidez as excludentes da causalidade, quais sejam, o caso fortuito ou força maior, o fato exclusivo de terceiro e o fato exclusivo da vítima. O fato concorrente da vítima também será apreciado nesse momento em razão de elidir parcialmente o nexo causal, embora a ele sejam feitas ressalvas especiais, senão vejamos.

### 1.3.1 Caso fortuito ou força maior

A princípio, bom lembrar a acepção ampla do referido instituto que acaba por confundir-lo com a própria exclusão da causalidade, abrangendo, por conseguinte, todas as três excludentes susoditas. Nesses termos, caso fortuito ou força maior seria toda ocorrência inevitável e independente de qualquer conduta humana que seja passível de responsabilização, ao menos em tese, porquanto constituiria causa adequada do dano (NORONHA, 2010, p. 649)

Entretanto, o estudo desses institutos nesse momento dar-se-á por meio de sua concepção restrita. Aliás, nesse ponto diverge a doutrina em relação à similitude ou à divergência entre os referidos termos.

Embora se admita que o art. 393, parágrafo único, do CC<sup>21</sup> trate-os como sinônimos, parcela da doutrina entende haver certa diferença entre ambos. Em uma primeira concepção, caso fortuito seria a operação do imprevisível e, portanto, de sucedâneo inevitável, enquanto a força maior seria o evento inevitável, mesmo que possa ser previsível, como o são, em regra, as forças da natureza. Desses termos extrai-se, em tese, que o elemento essencial ao caso fortuito seria a imprevisibilidade, enquanto a força maior caracterizar-se-ia pela irresistibilidade, mesmo que o fato seja previsível<sup>22</sup> (CAVALIERI, 2012, p.71).

Em contraposição, há vozes que afirmam ser tal disposição da matéria uma mera reprodução infundada de uma suposta conceituação que esses institutos receberam no direito romano. Para esses críticos, a imprevisibilidade que seria o cerne do caso fortuito, mais parece

---

<sup>21</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

<sup>22</sup> Noronha, apesar de asseverar que tal “*distinção não tem efeito prático*”, compartilha do entendimento de Cavalieri Filho ao desenvolver as diversas classificações sobre o tema (2010, p. 659-660).

com o conceito de inevitabilidade, o que acaba por confundi-la com a força maior (MALUF, 2009, p. 81-82).

Ademais, existem aqueles que observam o caso fortuito na qualidade de simples impossibilidade relativa do cumprimento de certa obrigação. Nesse sentido, se o devedor tivesse se comportando como um *bônus parter familias*, melhor organizando seus meios de atuação, poderia obter êxito e adimplir o pactuado. Por outro lado, a força maior seria um fato irresistível e imprevisível, culminando em uma impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação<sup>23</sup> (MALUF, 2009, p. 84-85).

Ainda, autores também diferem o caso fortuito da ausência de culpa. Segundo esse entendimento, a ausência de culpa seria o gênero do qual o caso fortuito participa enquanto espécie. A diferença essencial entre ambos é que a este último acrescenta-se, além da noção de ausência de culpa, a de inevitabilidade do evento que originou o dano (MALUF, 2009, p. 86).

Por último, existe cognição que difere a força maior do caso fortuito, assentado aquela enquanto um fenômeno da natureza de força irresistível e este como um fato derivado da atuação humana, ou vice-versa (MALUF, 2009, p. 82).

Diante de toda essa controvérsia, ainda que seja aceita uma ou outra das diferenciações abstratas entre ambos os institutos acima elencadas, prefere-se apenas solidificar que, independentemente da posição adotada, os dois termos comungam a um só efeito prático, que é derrogar a imputabilidade do evento danoso ao devedor em virtude de acontecimento invencível que não lhe pode ser atribuído (PEREIRA, 1995, p. 304).

Com efeito, o ponto que merece maior destaque diante de suas consequências pragmáticas não se refere à ambivalência teórica entre imprevisibilidade e irresistibilidade, mas sim a externidade do fato em relação à atividade normalmente desenvolvida. De fato, é lógico que se a circunstância que ensejou o dano não lhe é externa, sempre poderia ser evitada, já que uma vez cessada a referida atividade que o gerou não haveria que se falar em dano (NORONHA, 2010, p. 655)

---

<sup>23</sup> Nesse mesmo sentido, Agostinho Alvin para quem “A distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos e que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto que a força maior é um acontecimento externo” (1972, p. 330).

É nesse sentido que Noronha adiciona o requisito da externidade aos da imprevisibilidade e da irresistibilidade de modo a criticar a clássica diferenciação entre caso fortuito e força maior feita por de Josseland – e representada no Brasil por Agostinho Alvim.

Na prática, seja em virtude do requisito da externidade<sup>24</sup>, seja pela tese defendida por Alvim, irrefutável a importância do tema, já que bastante utilizado nos casos de responsabilidade civil objetiva<sup>25</sup>. É o que se convencionou chamar jurisprudencialmente de fortuito interno e fortuito externo, excludente ou não, respectivamente, da responsabilidade civil.

O fortuito interno, desenvolvido a partir da evolução da proteção ligada às relações de consumo, é uma espécie de relativização da exclusão da causalidade, que faz o nexo etiológico permanecer sólido, conquanto o dano tenha sido ocasionado por fato imprevisível ou irresistível. Nesse caso, há responsabilidade tão somente pela atuação de risco a qual o agente se submeteu, e que, por consequência, pode culminar em resultados lesivos àqueles que com ele se relacionam. Portanto, além dessas duas características gerais (imprevisibilidade e irresistibilidade), é indispensável que a causa seja externa, isto é, esteja fora das atividades desenvolvidas pelo fornecedor para que exclua o liame entre conduta e dano (SCHREIBER, 2009, p. 66-68)

À derradeira, a última controvérsia que circunda o caso fortuito e a força maior refere-se a sua aplicabilidade nas relações de consumo. Isso porque o art. 12, §3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>26</sup>, utiliza-se do advérbio “só” ao elencar o rol de possíveis excludentes do nexo causal, semeando a noção de taxatividade

---

24 No que toca à responsabilização médica, somente incidirá tal excludente caso o fator imponderável aja fora do ambiente hospitalar ou clínico, isto é, fora da cadeia de atos médicos e suas possíveis consequências (TEPEDINO, 2006, p. 110).

25 Vide enunciado n. 443 da V Jornada de Direito Civil: “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

26 Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[....]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.



Rizzato Nunes, a princípio, entendia que diante da ausência de previsão legal acerca das referidas excludentes do nexo causal (caso fortuito e força maior), o risco do fornecedor poderia realmente ser classificado como integral (2009, p. 330). Entretanto, em edição posterior de sua própria obra, acabou por reduzir a contundência do referido excerto ao reconhecer que o CDC, ao não positivar o caso fortuito e a força maior naquele rol, apenas os está afastando da subsunção ao caso concreto quando se referirem a elementos inerentes ao risco da atividade desenvolvida, isto é, apenas quando for hipótese de caso fortuito interno (2012, p. 367).

Deveras, esse parece ser o posicionamento mais adequado, já que tais institutos são fatores impeditivos gerais do nexo etiológico, admissíveis e obstativos de qualquer modalidade de responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva (TARTUCE, 2016, p. 228).

### 1.3.2 Fato Exclusivo de Terceiro

Preliminarmente, importante saber quem é o terceiro. Elucidativa, nesse sentido, a mensagem de Caio Mário que, tecendo considerações sobre a figura do terceiro no âmbito das obrigações contratuais, designa-o como “*quem não é parte do negócio jurídico, mas sofre os seus efeitos ou altera o resultado*”. Em consonância a isso, pode-se denominar por terceiro, qualquer outra pessoa diversa do binômio agente-vítima que intervém na responsabilidade pelo dano (1995, p. 300).

No entanto, ainda que a clássica lição seja impecável, por si só não é bastante para caracterizar o fato de terceiro na qualidade de excludente do nexo etiológico. Por certo, além de estranho a relação jurídica em contenda, essencial que o fato de terceiro se caracterize enquanto um verdadeiro caso fortuito ou de força maior, absorvendo, assim, todo o desenrolar causal do resultado danoso, de modo que se poderá atestar, em um juízo hipotético, que o terceiro é o único causador do dano (MELO, 2015, p. 242)

A primeira ressalva deve-se a possibilidade de o fato do terceiro ser condizente com a figura do fortuito interno e, portanto, não seria causa excludente da causalidade, conforme explicado no capítulo pretérito. A título de exemplificação podem ser citados o fato

culposo de terceiro em cotejo à responsabilidade do transportador<sup>27</sup>, bem como a fraude efetivada por estelionatário em detrimento de instituição financeira<sup>28</sup>.

Outrossim, quanto à segunda, tem razão de existir devido ao fato de que a conduta do terceiro pode concorrer para o resultado, não excluindo, portanto, a causalidade da relação jurídica. Como visto nos casos de exclusão da ilicitude esmiuçados em tópico anterior, mesmo que a conduta do terceiro seja a chama geradora do evento danoso, se o agente também contribuiu para tanto, este permanecerá vinculado ao dever de indenizar, com fulcro nos art. 929 do CC. É o famoso caso do motorista que recebe uma fechada de terceiro e termina por atropelar um pedestre (CAVALIERI, 2012, p. 70).

Por último, é de notar que referida excludente da causalidade, ao contrário da anterior, foi positivada pelo art. 12, §3º, III, segunda parte, do Código Consumerista. Aliás, nesse ponto, a confusão terminológica é ainda mais perturbadora, já que, em regra, a responsabilidade no CDC independe da investigação de culpa e, ao nomear o instituto de “culpa exclusiva de terceiro” parece que se faz necessária sua constatação (TARTUCE, 2016, p. 223)

A mesma confusão foi feita pelo legislador ao normatizar a próxima excludente como “culpa” exclusiva da vítima, momento no qual reforçaremos, inclusive com fulcro em outros fundamentos, a crítica aqui esposada.

### **1.3.3 Culpa ou fato exclusivo da vítima**

Quando o dano decorre de culpa exclusiva da vítima, exime-se de responsabilidade o suposto agente do dano. Isso porque, nesse caso, dilui-se o aventado nexo que ligava sua conduta ao dano suportado pela vítima (GONÇALVES, 2012, p. 465).

Na verdade, nem se pode falar em diluição do liame etiológico entre agente e vítima, uma vez que esse, em rigor técnico, jamais existiu. O que realmente ocorre nesses casos é que o agente, cujo ato diretamente contribuiu para o dano, não é nada mais do que um

---

27 Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal: A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

28 Súmula n. 479 do STJ: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

mero instrumento aos efeitos de ação pretérita decorrente de culpa da própria vítima (PEREIRA, 2008, p. 165).

Tais lições estão imbuídas de paradoxo intrínseco na medida em que, se a conduta da vítima elimina o liame causal, mais próprio seria denominar o instituto em comento de fato exclusivo da vítima. Perceba-se que, se assim não for, possibilitar-se-á a uma hipotética empresa de transporte urbano não responder pela morte de suicida que se atira de seu veículo, porém, em completa contradição, ser impelida a indenizar o mesmo indivíduo caso este for louco, afinal, não se pode aferir a culpabilidade de um inimputável (DIAS, 1995, p. 693).

Desse mesmo rigor técnico compartilha Cavalieri Filho o qual, após mencionar a clássica situação da vítima suicida que se joga no veículo do agente (mero instrumento do dano), recomenda a utilização da expressão fato exclusivo da vítima, pois a lide é dirimida no campo da causalidade, não no da culpa (2012, p. 69).

Outrossim, de se ver que essa excludente, assim como a anterior, está positivada no ordenamento jurídico consumerista, precisamente nos arts. 12, §3º, II, primeira parte, e 14, §3º, II, primeira parte, do CDC<sup>29</sup>, razão pela qual não oferece maior complexidade.

Essa consciência dogmática é ainda mais preciosa quando a conduta da vítima não é competente, por si só, à consecução do dano, mas concorre para sua efetivação. O Código Civil de 2002 positivou referida hipótese em seu art. 945<sup>30</sup> (importante a leitura do dispositivo antes de prosseguir) e a doutrina intitulou-a de “culpa” concorrente da vítima.

### 1.3.4 Culpa ou fato concorrente da vítima

Antes de mais nada, importantíssimo ressaltar que o fato concorrente da vítima não é elemento excludente da responsabilidade civil. Na verdade, esse instituto cinge-se a representar um fator de diminuição do dever indenizatório que, ao mesmo tempo, mitiga o

---

<sup>29</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

[...]

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

<sup>30</sup> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

nexo de causalidade entre conduta e dano e, portanto, próprio é seu estudo neste momento (TARTUCE, 2016, p. 245).

Ultrapassada essa observação, aqui se verifica, mais uma vez, equívoco terminológico que termina por comprometer a análise prática da norma. A doutrina contemporânea já escolheu seu posicionamento e prefere, em sua grande maioria, referir-se a concorrência de causas ou concorrência de responsabilidade ao invés de concorrência de culpas (CAVALIERI, 2012, p. 44)

Deveras, a questão mais se amolda a concorrência de causas do que de culpas. Isso porque, pode ser culposa ou não a conduta do lesado que concorreu para o dano, mas também pode ser culposa ou não a conduta do responsável. A todo modo, não haveria consecução do dano sem a soma dos atos realizados pela vítima e pelo indigitado responsável, abstraída sua qualificação volitiva – com culpa ou sem culpa (NORONHA, 2010, p. 673).

Portanto, nos episódios em que a conduta da vítima contribua concomitantemente à do indigitado responsável, culposamente ou não, o melhor critério para eximi-lo de porcentagem da responsabilidade pela consecução do evento danoso é o da ponderação entre causas, e não a magnitude da culpa em contraponto com a do agente causador do dano. Se não for assim, poderá se imputar a determinada pessoa responsabilidade por danos bem superiores ao que ela efetivamente ensejou (NORONHA, 2010, p. 674).

Nesse ponto, apesar de sua fragilidade científica – mormente em razão do forte empirismo em que é fundada<sup>31</sup> –, permanece hígida e útil para dirimir eventuais conflitos entre condutas concomitantes a teoria da causa eficiente ou da causa preponderante (GOLDENBERG, 2009, p. 21-22).

Com efeito, quando há uma pluralidade de causas concomitantes, sendo todas, portanto, adstritas ao mesmo vínculo de necessariedade que culmina em um dano comum, deve-se averiguar qual dentre elas é a preponderante para a consecução danosa, enquanto as demais são afastadas total ou parcialmente, ainda que diretamente relacionadas a esse fato<sup>32</sup> (TEPEDINO, 2006, p. 76-77).

---

<sup>31</sup> Diante da impossibilidade se cindir o resultado, é difícil imbuir uma única condição, por si só, de poder causal decisivo, entendido como aquele que desempata, isto é, aquele que prevalece em relação a outros acontecimentos que também contribuíram para o resultado danoso, sem utilizar uma carga de empirismo que mitiga o rigor científico da teoria (GOLDENBERG, 2009, p. 21).

<sup>32</sup> “Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procede-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à

Enfim, remanesce uma última controvérsia a ser diluída: o fato concorrente do consumidor é causa de parcial exclusão do nexo causal ou o respectivo Códex inadmite essa cognição?

A princípio, o próprio jurista Noronha, cujos ensinamentos foram acima explorados para bem desenvolver a controvérsia, compreende, por meio de interpretação gramatical – até então por ele combatida –, que a lei consumerista não reconhece referida excludente<sup>33</sup>.

No entanto, há forte objeção a esse entendimento por outros autores. O fato de a responsabilidade objetiva prescindir do exame da culpa na conduta do agente não obsta a discussão acerca da “culpa” concorrente da vítima, haja vista que, na verdade, a problemática é referente a concorrência de causas – conforme acima explicado – e o nexo etiológico é pressuposto nuclear de qualquer espécie de responsabilidade, inclusive da objetiva (CAVALIERI, 2012, p. 46).

Também em oposição está Tartuce, artífice do Enunciado n. 459 da V Jornada de Direito Civil<sup>34</sup> e cuja tese de doutorado abraça o tema. Além do forte argumento supramencionado, o autor ainda fundamenta seu posicionamento, na máxima da equidade, na interpretação teleológica dos arts. 12, §3º, e 14, §3º, ambos do CDC<sup>35</sup> e na possibilidade de assunção de riscos por parte do consumidor<sup>36</sup> (2016, p. 243-245).

## 1.4 Classificações

A responsabilidade civil é classificada didaticamente em diversas espécies. As próximas linhas serão dedicadas as principais classificações utilizadas pela doutrina para bem

---

*repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância* (TEPEDINO, 2006, p. 81).

<sup>33</sup> Em suas palavras: “*Quer se entenda que o critério do sistema vigente é o da divisão de acordo com o grau de culpa, que se preferia o da causalidade, é preciso acrescentar haver hipóteses expressas na lei em que a concorrência de culpa do lesado (ou melhor, a concorrência de fato do lesado, que é o que na lei se pretende significar) não influi na obrigação de indenizar. Na vida real, as mais importantes dessas hipóteses acontecem na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e no transporte de passageiros*”.

<sup>34</sup> Enunciado n. 459 da V Jornada de Direito Civil: “*A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva*”.

<sup>35</sup> O jurista entende que se o fornecedor pode arguir referidos dispositivos de modo a excluir totalmente o nexo de causalidade, não há motivo para impedi-lo de questionar parcialmente o mesmo pressuposto. É a máxima jurídica segundo a qual quem pode o mais pode o menos (TARTUCE, 2016, p. 244).

<sup>36</sup> Há situações em que o consumidor se expõe a riscos desnecessários, mas cuja contribuição para a consecução do evento danoso não é suficiente, por si só, ao rompimento do nexo de causalidade. Com efeito, o STJ também vem se amoldando a esse posicionamento (TARTUCE, 2016, p. 245).

desbravar as nuances desse ramo do direito civil. Além disso, todas elas serão suscitadas ao longo do trabalho quando da análise da responsabilidade civil médica dos cirurgiões plásticos estéticos, motivo pelo qual resta indispensável o estabelecimento de sua compreensão preliminar neste momento.

#### **1.4.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual**

De maneira a iniciar a diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, insta ressaltar preliminarmente que não existe, em verdade, uma contraposição ontológica entre ambas as searas do conhecimento jurídico. Com efeito, os princípios próprios de cada ramo suscitam uma dualidade mais aparente do que propriamente real, tendo em vista que, ao final, tudo se resume a ressarcir eventuais danos causados pela ofensa a um dever jurídico preexistente (VENOSA, 2009, p. 22).

Deveras, esse entendimento, ainda que não adotado pelo Código Civil brasileiro, é base da concepção monista ou unitária da responsabilidade civil, a qual parece pregar aparente indiferença pelos caracteres próprios de cada espécie, já que, como dito, uniformes são seus efeitos (GONÇALVES, 2012, p. 45).

A despeito de não se discordar dessa acepção ampla da responsabilidade civil, não se vê nesse alargamento de horizontes vantagens no trato do tema; pelo contrário, tal amplitude torna o conceito de responsabilidade civil de reduzida utilidade, razão pela qual se desenvolverá este estudo com fulcro na clássica repartição<sup>37</sup> entre responsabilidade contratual e extracontratual (NORONHA, 2010, p. 452).

Pois bem. O dever jurídico de indenizar pode surgir de uma relação jurídica obrigacional preexistente pela ocorrência do inadimplemento, quando será denominada de responsabilidade contratual, ou deriva da transgressão de um imperativo legal, já que o agente não possuía qualquer relação jurídica com a vítima e, assim, detém o título de responsabilidade extracontratual (CAVALIERI, 2012, p. 16-17).

---

<sup>37</sup> É de se ver, ainda, que Noronha critica as clássicas nomenclaturas utilizadas para designar cada ramo da responsabilidade civil em sentido amplo, quais sejam, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Para o professor essa bipartição, além de ignorar a existência de obrigações cuja fonte são negócios jurídicos unilaterais – promessa pública de recompensa ou garantia convencional oferecida por fabricante –, é retrógrada na medida em que reflete a preocupação da época de sua elaboração, nos idos do séc. XVIII: enaltecer as “*obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada, relegando a lugar secundário as ‘não contratuais’*” (2010, p. 454-455).

Dentre as diferenças mais protuberantes entre elas, destaca-se a divisão dos ônus probatórios – em regra, naquela é ônus do devedor, enquanto nesta é ônus da vítima – e a possibilidade de prefixação das perdas e danos, bem como de pré-estipulação de instrumentos de garantia em caso de inadimplemento, ambos restritos ao âmbito da responsabilidade contratual (MELO, 2015, p. 324-325).

A responsabilidade médica, objeto deste trabalho, não segue um regime unitário. A prestação do serviço médico pode ser feita a partir de um contrato previamente estabelecido entre as partes ou da atuação do facultativo independentemente de pretérita relação jurídica em relação ao paciente – atendimento em emergência ou assistência a vítima de acidente automobilístico<sup>38</sup> (MIRAGEM, 2010, p. 683).

Por último, vale ainda ressaltar o rompimento dessa até então estanque bivalência a partir do sistema de responsabilização emanado pelo Código de Defesa do Consumidor. Por meio desse resta irrelevante a multimencionada divisão, tendo em vista a existência no referido Códex de parâmetro de responsabilização próprio, qual seja, a violação do dever de segurança (CAVALIERI, 2012, p. 17).

#### **1.4.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva**

Consoante anteriormente asseverado no item 1.2, adotou-se para os fins desse trabalho a sistematização proposta por Maria Helena Diniz, segundo a qual existe diferença entre os pressupostos e os fundamentos da responsabilidade civil. Neste tópico, uma vez que já foram devidamente analisados os pressupostos, é dada a hora de debruçar-se acerca dos fundamentos, senão vejamos.

Quanto ao seu fundamento a responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva ou objetiva. Será subjetiva na medida em que a imputação do dever indenizatório se justifica pela comprovação da culpa ou do dolo do agente na prática de determinada conduta com consectários danos<sup>39</sup>. Por outro lado, será objetiva quando irrelevante tal análise, pois seu

---

<sup>38</sup> O cirurgião plástico estético, pela própria essência do procedimento que realiza, sempre terá sua atuação respaldada pelo prévio estabelecimento de um ajuste contratual, ainda que meramente verbal.

<sup>39</sup> No Código Civil a responsabilidade civil subjetiva é regra do sistema normativo e está positivada a partir da conjugação dos arts. 186 e 927, *caput*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

alicerce é o risco intrínseco à referida conduta, sendo bastante a sua verificação a existência de nexos causal entre esta e o respectivo dano<sup>40</sup> (DINIZ, 2013, p. 147).

Em complemento, enquanto a responsabilidade civil subjetiva nasce de atos ilícitos, ações ultrajantes a direitos de terceiros, vedadas pelo ordenamento jurídico e atribuíveis a um indivíduo cuja conduta pode ser taxada por culposa ou mesmo intencional, a responsabilidade objetiva provém do risco, ou melhor, do exercício de fatos meramente antijurídicos, na maioria das vezes relacionadas a atividades previamente positivadas em lei, independentemente de qualquer juízo volitivo da conduta do agente, ainda que haja caráter pernicioso a ela conectado (NORONHA, 2010, p. 508-509).

À vista disso, percebe-se que os núcleos basilares do binômio retro estudado são, respectivamente, a culpa e o risco enquanto qualificantes da conduta humana. A análise mais aprofundada desses fundamentos e suas respectivas variantes segue em tópicos apartados.

#### 1.4.2.1 Culpa

Não se desconhece que o conceito de culpa, assim como o de outros institutos jurídicos da responsabilidade civil, é tarefa de complexa elaboração, razão pela qual há grande divergência na doutrina. No entanto, de modo a não tornar o texto ainda mais alongado, prefere-se adotar, desde já, a límpida conceituação de Leonardo Vieira Santos e, em ato contínuo, avançar a outras nuances.

Segundo o mestre baiano, “*culpa é o erro de conduta do indivíduo que não se comporta da maneira normalmente esperada para evitar danos a terceiros, independentemente da efetiva materialização destes danos*”<sup>41</sup> (2008, p. 67).

Para a integral intelecção dessa definição, é imprescindível o correto entendimento do significado de “comportamento normalmente esperado”.

---

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>40</sup> Por seu turno, a responsabilidade civil objetiva é regramento de exceção e encontra espaço no art. 927, parágrafo único, do mesmo Código: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

<sup>41</sup> Para elaborar sua conceituação, Leonardo Vieira Santos retoma os ensinamentos de clássicos como Savatier, irmãos Mazeaud e Henri de Page. Após tecer leves críticas a amplíssima conceituação do primeiro – “*a culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar*” –, há explícita inclinação à conceituação dos últimos no sentido de que culpa é o “*erro de conduta*”. Segundo o mencionado autor, esta última seria mais técnica na medida em que afasta a falsa correlação necessária entre culpa e lesão a direito de terceiro (2008, p. 65-67).



Por certo, referido padrão de conduta de determinado homem poderá ser cotejado em relação ao próprio nível de diligência perante seus bens (*in concreto*) ou, por outro lado, terá como paradigma a figura do homem médio – *bonus pater familias* – que se relaciona em sociedade, norteador de suas atitudes de maneira atenta e cautelosa a fim de que se previna eventual criação de danos a terceiros (*in abstracto*) (SANTOS, 2008, p. 69).

A apreciação em abstrato da culpa do sujeito, eximindo da análise seus aspectos anímicos, divorcia o instituto de seu viés moral. Nessa linha de raciocínio, independentemente das aptidões ou inaptidões particulares de cada indivíduo, ao não alcançar um padrão de conduta exigido normativamente (culpa normativa ou culpa objetiva) – ainda que tenha agido em sua melhor performance de modo a evitar o evento danoso –, permanecerá seu dever reparatório perante a vítima (SCHREIBER, 2009, p. 36-37).

A todo modo, parece que a melhor cognição dessa expressão é a que apura a culpa em abstrato, porém sem esquecer das especificidades de cada caso concreto. Veja-se que não se trata de uma terceira corrente. A conduta atenta e cautelosa do homem ainda será verificada no plano abstrato (normativo ou objetivo), mas levando em conta a situação concreta na qual está inserta, isto é, adjetiva-se o homem médio a depender da especificidade enfrentada<sup>42</sup> (SANTOS, 2008, p. 69-70).

E deve ser assim porque a adoção de um *standard* unívoco para todas as circunstâncias não representa muito mais do que o ponto de vista subjetivo do julgador em relação àquele determinado caso. Por outro lado, essa posição intermediária que fragmenta os modelos de conduta conforme sua especificidade científica, constrói critérios objetivos nos quais o magistrado pode se embasar e que são traduzíveis em perícias, estudos, códigos de conduta, depoimentos de experts, entre outras manifestações de conhecimento palpáveis por um estudioso da área jurídica, dando uma atmosfera minimante fundamentada ao seu julgamento (SCHREIBER, 2009, p. 43).

Depurada sua conceituação, pode-se abrir espaço para o exame de algumas outras características taxadas como importantes desse instituto em relação ao presente trabalho.

De início, bom lembrar a clássica subdivisão desse instituto em culpa *stricto sensu* e dolo. Em ambos existe conduta voluntária do agente e comportamento contrário ao direito, porém nesta se percebe ilicitude intrínseca, já que nítida é a vontade de concretização do ato

---

<sup>42</sup> Nos casos de profissionais da medicina – objetos deste trabalho –, a fim de se constatar se determinado procedimento é culposos ou não, deve-se compará-lo em face a de um médico sensato, responsável, cauteloso e preparado, e não ao homem médio da sociedade em geral.

antijurídico, enquanto naquela, não obstante não se deseje o resultado, o comportamento em violação ao dever objetivo de cuidado é capaz de produzi-lo<sup>43</sup> (CAVALIERI, 2012, p. 32-33).

Também merece relevo a gradação da culpa em grave, leve e levíssima. A culpa grave é aquela que se apresenta de forma indiscutível e, por isso, chega a se aproximar do dolo. Nessa classe ainda está a chamada culpa consciente, quando a conduta enseja a criação previsível de dano correlato. Em seguida vem a denominada culpa leve, que seria a culpa ordinária, decorrente da violação de um dever de conduta rotineiro cujo homem médio não provocaria. Enfim, a culpa levíssima advém da falta de cuidado extraordinário, que somente seria perceptível a pessoa de elevada perícia e de superior atenção, imbuída de especial ciência referente ao caso concreto (VENOSA, 2009, p. 27).

Referido nivelamento tem razão pragmática de existência. Além de determinadas situações serem passíveis de indenização apenas quando presente a culpa grave – transporte desinteressado de passageiros, por exemplo<sup>44</sup> –, a inovação legislativa propagada pelo advento do art. 944, parágrafo único, do CC<sup>45</sup> permitiu que, em casos de excessiva desproporção entre dano e culpa, haja a redução equitativa da indenização consoante a gradação da culpa (MELO, 2015, p. 48-49).

À derradeira, uma última classificação da culpa é digna de nota para os fins propostos neste trabalho, qual seja ela, a divergência entre culpa provada e culpa presumida. O foco de estudo será esta última, já que a primeira é a regra da responsabilidade civil – a vítima deve comprovar a culpa do agente –, sem verter maiores complexidades.

As presunções de culpa não pretendem ignorar o elemento subjetivo da conduta, mas tão somente inverter o ônus da prova em benefício do lesado. São construções teóricas, legais ou mesmo jurisprudenciais que facilitam a defesa dos interesses da vítima em determinadas circunstâncias nas quais a comprovação da culpa do agente é de difícil efetuação (SCHREIBER, 2009, p. 31).

Essa inversão do ônus probatório foi um dos importantes estágios da lenta transposição entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Isso porque,

---

<sup>43</sup> Embora clássica e de menção obrigatória, tal classificação não detém grandes efeitos práticos, haja vista que a função da indenização civil é meramente reparadora, não se sancionando mais gravosamente o agente a depender do grau de sua culpabilidade, como faz o direito penal (CAVALIERI, 2012, p. 31).

<sup>44</sup> Súmula n. 145 do STJ: No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

<sup>45</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

apesar da grande dificuldade da vítima em comprovar a culpa do agente em determinados casos, havia enorme resiliência dos autores subjetivistas em aceitar uma responsabilidade “sem culpa” (CAVALIERI, 2012, p. 42).

Por certo, foi apenas por intermédio desse sistema de presunções, sem abandonar o tão caro instituto da culpa, que se conseguiu um efeito prático próximo ao da teoria objetiva. Veja-se: o efeito é similar, mas não idêntico, pois, ainda que o agente seja presumivelmente culpado, esse pode desconstruir tal presunção ao comprovar a inexistência de culpa – fator irrelevante à edificação do dever indenizatório na responsabilidade objetiva<sup>46</sup> (CAVALIERI, 2012, p. 42).

Mais recentemente, todavia, com a consagração da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico, houve uma mitigação da importância emprestada a culpa presumida. Apenas em algumas searas, como no caso da responsabilidade de cirurgiões plásticos embelezadores pela ocorrência de eventual erro médico, permaneceu, ao menos aparentemente, alguma utilidade prática de tal mecanismo teórico (MELLO, 2015, p. 56)

Nesse campo da responsabilidade médica, a culpa presumida do cirurgião inverteria automaticamente o ônus da prova da conduta culposa em favor da vítima, circunstância que a auxiliaria, diante do evento danoso, na responsabilização do cirurgião estético (MELLO, 2015, p. 368).

A importância da menção à culpa presumida nesse momento deve-se ao fato do aprofundamento da temática em capítulo próprio, ao se desenvolver a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos embelezadores.

#### **1.4.2.2 Risco**

Nesse ponto, imperioso trazer algumas especificidades acerca da responsabilidade objetiva, fundada no risco, as quais enriquecerão o presente trabalho na medida em que confrontam ou complementam discussões travadas anteriormente.

---

<sup>46</sup> Alerta idêntico é escrito por Leonardo Vieira Santos: “Tratar da culpa presumida é importante quando se constata que há errônea tendência a uma confusão entre ela e a própria teoria objetiva. Não raro, operadores do Direito tratam a culpa presumida como se fosse uma hipótese de responsabilidade objetiva, quando em verdade, isto é um flagrante equívoco, uma vez que não se prescinde da idéia de culpa, havendo apenas uma inversão do ônus da prova” (2008, p.79).

Atualmente se vive na sociedade do risco. Os acidentes não são mais fenômenos excepcionais ou extraordinários, mas acontecimentos decorrentes da industrialização. Na verdade, os acidentes são intrínsecos ao risco das atividades exercidas na sociedade de massa, podendo ser considerados como um fenômeno normal, inclusive estatisticamente calculável e em certa medida previsível (MORAES, 2006, p. 17).

Nesse novo cenário, ocorreu a passagem de um modelo individualista-liberal de responsabilidade, fundado na culpa e com raízes na Revolução Francesa, para um modelo solidarista, vinculado ao cuidado com a vítima do evento danoso, no qual o questionamento principal é se esta merece o ressarcimento e não se há razões para que o agente causador do dano seja responsabilizado. Isso significa, em síntese, que se relega o ideal sancionatório e punitivo da responsabilidade civil a um segundo plano, solidarizando-se e distribuindo-se os custos de eventual responsabilização com a comunidade<sup>47</sup> (MORAES, 2006, p.19).

A partir de então, deixou-se o conceito de culpa, difundido desde a era romana, para adotar o conceito de risco, cujo conteúdo, pela amplitude e abrangência, também acaba sendo controvertido na doutrina. Várias teorias tentam explicar a profundidade e alcance do tema, vejamos.

A teoria do risco criado propõe que incorre na obrigação de indenizar, ainda que ausente conduta culposa, aquele que gera danos no interstício de desenvolvimento de atividade determinada – mesmo que não empresarial e sem função lucrativa – quando realizadas em prol de seu interesse particular ou sob seu comando (MORAES, 2006, p. 13).

Essa é a elaboração que doutrinária e legalmente prevaleceu no Direito brasileiro. A maior comprovação da afirmação retro advém da leitura do art. 927, parágrafo único, CC, cláusula geral de responsabilidade objetiva que evidentemente se perfilhou a esse entendimento<sup>48</sup>, veja-se: “[...] *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”<sup>49</sup> (SANTOS, 2008, p. 86).

Com efeito, essa teorização é mais técnica e contrapõe-se a teoria do risco-proveito, cujo embasamento doutrinário é a cognição de que deve se submeter à pronta

---

<sup>47</sup> Nas palavras de Schreiber, cada vez torna-se mais claro que a responsabilidade objetiva não tem razão na causa (conduta), mas sim no resultado (dano), “*distanciando-se, por conseguinte, de considerações sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas*” (2009, p. 30).

<sup>48</sup> No mesmo sentido, Anderson Schreiber (2009, p. 24).

<sup>49</sup> Há quem sustente ser perniciosa a abertura conceitual positivada pelo artigo sobredito na medida em que acarretará em uma extensão dos casos de dano indenizável. Por outro lado, há aqueles que afirmam não ser a norma de grande aplicação prática, porquanto a maioria das atividades de risco já está regrada em lei própria por nosso ordenamento jurídico (MORAES, 2006, p. 17).

reparação aquele que auferir proveito ou vantagem do fato ensejador do dano. A falha de tal construção é que a noção de “proveito”, eminentemente econômica e demasiadamente ampla, pode se reportar a tudo. Dessa forma, a expressão torna-se de vaga aplicação prática, bem como a assemelha à teoria do risco integral. Por outro lado, ainda se fosse interpretada restritivamente, continuaria a semear impropriedades na medida em que apenas quando o agente auferisse lucro seria indenizável eventual dano correlato (PEREIRA, 1995, p. 281-282).

Apenas para não deixar à mingua de fundamento, já que citada acima, a teoria do risco integral – também intitulada de teoria do risco agravado – é de excepcional utilização no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo essa posição mais extrema, nem mesmo o rompimento do nexo de causalidade é suficiente à exclusão do dever indenizatório. Nessa conjuntura, o agente permanecerá forçado a reparar danos por ele não causados, ou por objetos ou pessoas e ele desvinculados. Nesses casos, a única ligação entre o agente e o dano é que este aconteceu durante uma determinada atividade econômica de grande risco desenvolvida por aquele<sup>50</sup> (NORONHA, 2010, p. 510).

Em resumo, embora haja uma diversidade de teorias do risco (risco-criado, risco-proveito, risco-integral, risco da empresa, risco-mitigado), pode-se traçar um ponto em comum entre todas, qual seja, a dispensabilidade da averiguação de culpa para sua configuração. Aliás, talvez seja essa proposição puramente negativa que melhor caracterize o que é ser responsável pelo risco: é ser responsável ainda que não se tenha agido com culpa (SCHREIBER, 2009, p. 29-30).

Por último, ao menos em cotejo com o já anteriormente analisado em sede de culpa, interessante saber se a gradação dessa influi ou não no dever indenizatório nos casos de responsabilidade objetiva. Será que os termos do art. 944, parágrafo único, do CC também se aplicariam nessa seara?

Existem críticas a exegese da sobredita norma, visto que sua amplitude poderia revelar uma contradição sistemática dentro do Código Civil, isto é, conquanto o reconhecimento da responsabilidade objetiva dispensa indagação a respeito da culpa, o

---

<sup>50</sup> Para melhor exemplificação, vide tema n. 707 do STJ, suscitado pelo julgamento dos EDcl no REsp 1.374.284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, no qual se reafirmou a tese da responsabilidade objetiva por risco integral nos casos de dano ambiental provocado por pessoa jurídica poluidora.

arbitramento da respectiva indenização seria por ela abalizado em benefício do agente danoso<sup>51</sup> (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 221-222).

A despeito dessa corrente se apresentar como mais correta e também mais bem difundida na doutrina nacional – razão por que é seguida pela presente obra –, pode-se destacar, a título de curiosidade, que não é entendimento unívoco. Há vozes que asseveram ser possível a redução equitativa do *quantum* indenizatório em qualquer situação cujo grau de culpa do devedor seja ínfimo. Segundo estes, mesmo na responsabilidade objetiva, deve-se avaliar o nível de diligência e zelo do devedor quanto à atividade exercida, bem como a segurança de seu labor perante o credor (SANTOS, 2008, p. 74).

### 1.4.3 Responsabilidade de meios e de resultado

A última classificação a ser mencionada é aquela que contrapõe a responsabilidade decorrente de obrigações de meios àquelas outras advindas de obrigações de resultado. Essa categorização detém suma relevância no presente estudo, tendo em vista que há grande divergência doutrinária ao subsumir uma delas (meios ou resultado) à responsabilidade civil do cirurgião plástico desprovido de finalidade terapêutica. Este primeiro momento, todavia, cinge-se a apresentar um panorama geral da matéria, oportunizando o tratamento específico da referida discussão em capítulo próprio.

Essa distinção geralmente é atribuída a Demogue<sup>52</sup>, o qual a elaborou para desenvolver soluções a respeito da repartição dos ônus probatórios na seara das obrigações contratuais e delituais (COMPARATO, 2010, p. 335).

Para o autor francês não existia nenhuma diferença no que toca ao ônus probatório das ações de responsabilidade fundadas na inexecução contratual em cotejo às ações embasadas em danos extracontratuais. Em sua concepção, independentemente da relação jurídica travada entre as partes – seja contratual ou extracontratual, seja positiva ou negativa –, cumpriria sempre ao autor provar “*o dano, a existência de uma obrigação a cargo do réu, o*

---

<sup>51</sup> Cavalieri Filho não destoa dessa cognição, já que não entende ser possível tal interpretação em detrimento da vítima da situação danosa. Segundo o aludido jurista, “*Seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o valor da indenização objetiva, na qual a culpa não tem nenhuma relevância*” (2012, p. 40).

<sup>52</sup> Comparato tem ressalvas a atribuir a origem dessa distinção a Denogue, pois desde os fins do Século XIX a doutrina germânica já trabalhava com tal diferenciação (2009, p. 336).

*descumprimento deste dever e o nexo de causalidade entre o dano e a violação”* (RENTERIA, 2011, p. 13).

Apesar disso, Demogue estava atento à dificuldade na produção da prova em certas obrigações, principalmente a depender de sua natureza, se “de meios” ou “de resultado”, motivo pelo qual distinguiu o ônus probatório justamente com base nesses critérios (RENTERIA, 2011, p. 15).

Segundo essa última formulação, existem certas relações jurídicas cujo devedor está adstrito a comportar-se nos moldes do homem médio, atribuindo a prova de que não o fez ao credor dessa mesma relação. Por outro lado, há relações em que é facultado ao credor exigir a produção de resultado determinado, sem o qual a obrigação finda-se por inadimplida. Nesses casos, o devedor é compelido a comprovar que não há sua influência culposa na não consecução do resultado esperado (COMPARATO, 2010, p. 336).

Em termos mais claros, a primeira obrigação foi taxada como “de meios”. É aquela na qual se exige do devedor um atuar prudente e diligente a fim de alcançar determinado resultado, sem, todavia, comprometer-se a obtê-lo. Nessas relações, cumpre ao credor comprovar que o resultado esperado não foi atingido porque o devedor não se utilizou da melhor técnica a que estava adstrito em função da profissão que exerce (DINIZ, 2013, p. 313-314).

De forma diversa, a segunda obrigação foi denominada como “de resultado”. Esta, por seu turno, é aquela na qual o devedor é compelido a produzir resultado determinado (cirurgião plástico estético para a maioria da doutrina), sem o qual haverá o descumprimento do ajuste entabulado com todos os seus consectários. Um deles é constituir o devedor em mora, impondo-lhe o desígnio de provar que a ausência do resultado prometido não adveio de seu atuar culposos, mas de alguma situação que rompa o nexo etiológico entre sua conduta e o resultado diverso. Ou seja, há uma presunção de culpa em face do devedor (DINIZ, 2013, p. 314-315).

Em verdade, essa distribuição dos ônus da prova em matéria contratual advém mais de uma interpretação da doutrina francesa dada a teoria de Demogue do que de sua própria formulação. Aliás, tal hermenêutica teve como objetivo dirimir a contundência do ônus da prova na responsabilidade contratual que, a princípio, seria sempre do devedor e a

partir dessa interpretação passou a ser relativizada, ao menos quando as obrigações possuísem natureza “de meios”<sup>53</sup> (RENTERIA, 2011, p. 20-21).

Com efeito, em França houve também quem interpretasse a teoria em análise como alicerce para justificar a distinção entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva. Outros viam utilidade nesse binômio tão somente para apurar o conteúdo da obrigação e, em ato contínuo, desvendar se houve ou não o descumprimento obrigacional. Por fim, a parcela majoritária da doutrina francesa desistiu de “*qualquer tentativa de justificar a relevância da distinção*” (RENTERIA, 2011, p. 23-25)

Não foi diferente no Brasil, onde essa falta de rigor no trato jurídico-teórico resultou em grande insegurança jurídica, mormente nas relações entre cirurgiões plásticos estéticos e seus pacientes:

À mingua de uma posição inequívoca sobre os efeitos decorrentes do descumprimento da obrigação de resultado, os tribunais continuam a proferir decisões contraditórias que ora presumem a culpa do médico pela não obtenção do resultado esperado pelo paciente, ora submetem o profissional ao regime muito mais rigoroso da responsabilidade objetiva, em que não se admite a prova da ausência de culpa como excludente do dever de reparar o evento danoso (RENTERIA, 2011, p. 39).

Por fim, uma última controvérsia dentre as tantas existentes quando se estuda essa classificação é a de que tais lições – inspiradas em Demogue – utilizam as nomenclaturas próprias das relações jurídicas contratuais (credor e devedor), o que poderia restringir a classificação em análise ao âmbito de atuação da responsabilidade civil contratual<sup>54</sup>. Ao menos nesse sentido caminhou a jurisprudência francesa, país no qual a teoria nasceu (RENTERIA, 2011, p. 19).

Entretanto, Comparato assevera ser possível aplicar às obrigações extracontratuais referida classificação, mormente quando todos os membros de uma coletividade são compelidos a um resultado objetivo do agir humano. Em outras palavras, o agir em maneira contrária ao *modus operandi* imposto pela norma denotaria, em si, contrariedade a uma obrigação de resultado (2010, p. 343-344)

A todo modo, como as obrigações dos cirurgiões plásticos embelezadores sempre contém respaldo contratual, nítida seria, em tese, a aplicação dessa classificação aos eventuais

---

<sup>53</sup> Apesar de não lograr grande êxito nos tribunais franceses (RENTERIA, 2011, p. 22), a distinção foi bem aceita pela doutrina e jurisprudências pátrias, discussão que será aprofundada quando se analisar a natureza da obrigação médica.

<sup>54</sup> É o posicionamento de Maria Helena Diniz para quem “*não pode deixar de ser contratual a responsabilidade decorrente de infração dessas obrigações*” (2013, p. 313).



danos por estes causados, sendo necessário saber apenas sob qual das subespécies sobreditas – meios ou resultado.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A análise das minúcias da responsabilidade civil médica e a consequente integral compreensão da matéria é questão enigmática na doutrina e jurisprudência brasileiras, visto que, para tanto, é premente o estudo de quase todos os pressupostos da teoria geral da responsabilidade civil anteriormente expostos (MIRAGEM, 2010, p. 678).

Além disso, referido ramo do direito civil abrange tanto a responsabilidade civil dos profissionais liberais (autônomos) quanto a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e outras organizações que possuem como objeto a prestação de serviços à saúde humana, o que mostra a amplitude dessa seara jurídica (MIRAGEM, 2010, p. 678).

Este capítulo, após breve análise dos mais diversos institutos que compõem a responsabilidade civil, pretende explanar a responsabilidade dos médicos em suas variadas nuances, apresentando ao leitor um panorama mais aprofundado da matéria e que seja apto a trilhar os passos rumo ao cerne do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade civil dos cirurgões plásticos estéticos.

### 2.1 O exercício da medicina e a condição de cirurgião plástico estético

Além do aspecto jurídico que ampara o tema, a completa assimilação do que é a responsabilidade civil médica também depende da conceituação do que é a ciência médica. Nesse passo, a Medicina costuma ser definida a partir de sua principal finalidade, qual seja, a arte de curar (SANTOS, 2008, p. 107). Na verdade, mais do que tão somente curar, a Medicina tem por escopo e, portanto, conceituação os desígnios de “*prevenir, aliviar, tratar e curar*” (FRANÇA, 2014, p. 13).

O médico é o ator desse processo curativo. Ele é o profissional habilitado para exercer “atos médicos” e atingir as finalidades terapêuticas da medicina. Entretanto, em um âmbito do conhecimento tão estratificado como é o da saúde contemporânea – medicina, farmácia, odontologia, fonoaudiologia, fisioterapia, nutrição, enfermagem, psicologia, etc. – torna-se de difícil delimitação quais são os atos cuja realização é privativa dos facultativos (SANTOS, 2008, p. 113). Nesse sentido, a recente promulgação da Lei n. 12.842/13 buscou delimitar o tema ao propor que:

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:

- I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;
- II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;
- III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

Ademais, referida normativa, precisamente em seu art. 4º, elenca quatorze incisos<sup>55</sup> com atividades privativas do médico, dentre as quais se pode destacar a “*indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios*” e a “*indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias*” [sem grifo no original].

Entretanto, o ideal de exato abalizamento das atividades médicas restou severamente mitigado pela própria lei quando em seu art. 4º, §7º, ressaltou que o rol de práticas privativas desses profissionais deveria ser aplicado “*de forma que sejam resguardadas as competências próprias das profissões de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia*”.

Sem entrar nos aspectos controversos que circundam a elaboração dessa legislação, sua grande quantidade de vetos, juntamente com a sobredita ressalva acima transcrita, tornam nítida a preocupação da normativa em preservar a competência dos outros profissionais da saúde em suas atuais ocupações<sup>56</sup>. Entretanto, independentemente do acerto ou desacerto de tal posicionamento – há grande litigância entre médicos e os demais

---

<sup>55</sup> Art. 4º São atividades privativas do médico: I - (VETADO); II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios; III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias; IV - intubação traqueal; V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal; VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral; VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos; VIII - (VETADO); IX - (VETADO); X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico; XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde; XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular; XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas; XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

<sup>56</sup> Veja-se que houve nova tentativa de retomar os pontos vetados por meio de novo Projeto de Lei do Senado (PLS 350/2014), todavia, após forte mobilização das entidades representativas de classe dos profissionais da saúde, a proposta foi arquivada em agosto de 2016.

profissionais da saúde nesse ponto –, a verdade é que, enquanto não existir uma precisa delimitação do campo de atuação médica prevista em lei, o jurista deverá se socorrer, em complemento, das construções doutrinárias sobre o tema (SANTOS, 2008, p. 116-117).

Nesse sentir, Genival Veloso de França nota que a obsessão pela tipificação de condutas exclusivamente médicas evidencia uma tendência corporativista cujo propósito principal é elitizar a profissão e, em ato contínuo, restringir o âmbito de atuação dos demais profissionais da saúde, o que vai de encontro aos modernos conceitos de saúde integral e interdisciplinar (2014, p. 69).

Por esse motivo, o aludido autor entende que o ato médico deve ser concebido em duas esferas. A primeira compreende toda e qualquer atuação profissional “*em favor da qualidade de vida e da saúde do ser humano e da coletividade*”. Assim, as atividades de diferentes profissionais da saúde reunidas em prol de um bem comum se encaixariam nesse conceito, sendo denominadas de “*atos médicos lato sensu*” (2014, p. 100).

Por outro lado, aqueles atos médicos cuja atuação possui íntima dependência aos conhecimentos angariados ao longo dos cursos regulares de medicina, seriam os “*atos médicos stricto sensu*”, os quais somente podem ser efetuados, ou ao menos supervisionados, por médicos legalmente habilitados (FRANÇA, 2014, p. 100).

As cirurgias plásticas são exemplos de “atos cirúrgicos”, que, por sua vez, são uma espécie de ato médico em sentido estrito. Em suma, os procedimentos estéticos são privativos de profissionais da medicina, de preferência com especialização na área (BORGES, 2014, p. 115). Não pode ser outra a dicção que se extrai do art. 4º, III, da Lei 12.842/13, bem como dos arts. 1º e 2º da Resolução n. 1.621/01 do Conselho Federal de Medicina (CFM)<sup>57</sup>.

Nesse sentido de proteção aos interesses do consumidor e de resguardo à qualidade dos serviços médico-estéticos ofertados, prudente foi a elaboração da Resolução n. 117 do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (CRMSC), cujo art. 1º veda a vinculação de atos cirúrgicos estéticos a estabelecimentos não conveniados ao CRMSC, tais como salões de beleza ou estruturas equivalentes<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Art. 1º - A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente.

Art. 2º - O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social.

<sup>58</sup> Artigo 1º - Todo ato médico voltado a procedimentos estéticos deve ser realizado em consultório médico ou instituição de saúde regularmente inscrita no CREMESC, sendo vedada a prática de atos médicos com vinculação e/ou interação com estabelecimentos de estética, salões ou institutos de beleza e congêneres.

De fato, devido à complexidade dessa seara médica, não se pode conceder a qualquer indivíduo habilitação para realizar procedimentos cirúrgicos plásticos. Pelo contrário, a outorga deste título (cirurgião plástico) depende de seis anos de estudo após a graduação em Medicina que se subdividem em dois anos de residência em cirurgia geral, três anos de residência em cirurgia plástica e um ano de estágio complementar para, enfim, submeter-se a exame escrito e oral junto à Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica<sup>59</sup> (BORGES, 2014, p. 120).

Em síntese, embora haja certa dúvida quanto às fronteiras que demarcam os atos médicos, pode-se afirmar – e esse será o pressuposto que norteará o presente trabalho – que os procedimentos estéticos, mormente aqueles invasivos, são privativos de cirurgiões plásticos habilitados após todas as sobreditas formalidades legais e institucionais. É a responsabilização desses profissionais regularmente habilitados o objeto de estudo.<sup>60</sup> No mais, os contornos a respeito dos procedimentos cirúrgicos estéticos propriamente ditos serão tratados no último capítulo.

## **2.2 Natureza jurídica da responsabilidade civil médica e espécie contratual**

A natureza jurídica da responsabilidade civil médica é bastante controvertida na doutrina, havendo quem a caracterize na qualidade de contratual e outros, em oposição, na qualidade de extracontratual. Conquanto a matéria tenha sido positivada no capítulo que trata da responsabilidade civil extracontratual pelo Código Civil de 2002 (art. 951<sup>61</sup>), referida normatização não foi suficiente a dirimir todas as dúvidas que pairam sobre as múltiplas especificidades a que está sujeita a atividade médica.

Na verdade, o correto é que a responsabilidade médica, embora imiscuída dentre os atos ilícitos da codificação privada, não segue nenhum sistema unitário de responsabilização e, a depender da circunstância em análise, transmuta-se de uma modalidade a outra (AGUIAR JR, 2010, p. 510).

---

<sup>59</sup> Procedimentos e requisitos de habilitação disponíveis em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/medicos/torne-se-membro/>>. Acesso em 1º/11/2016.

<sup>60</sup> Apesar do foco central do estudo ser outro, de notar que 97% das reclamações ético-profissionais referentes a procedimentos cirúrgico-estéticos feitas perante o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) são contra profissionais que não detém o título de cirurgião plástico estético (BORGES, 2014, p. 107).

<sup>61</sup> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Realmente, na grande maioria dos casos, a responsabilidade médica possui fundamento em uma base contratual<sup>62</sup>, haja vista a discricionariedade do paciente em eleger ao médico de sua preferência, celebrando-se entre ambos um ajuste cujo sinalagma cinge-se a prestar serviços à saúde do paciente e receber, em contrapartida, determinado pagamento (AGUIAR JR. 2010, p. 510).

Muito por essas razões, Kfoury Neto chega a afirmar que “*não mais ascende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica ex contractu*” (2013, p. 83). De igual modo, Silvio Rodrigues assevera que “*A responsabilidade de tais profissionais é contratual, e hoje tal concepção parece estreme de dúvida*” (2008, p. 248).

Entretanto, deve-se salientar que essa é apenas a regra e, como tal, comporta algumas exceções. Pode-se ressaltar, por exemplo, aqueles casos em que tal profissional presta assistência médica em uma via pública ou em uma emergência de estabelecimento hospitalar público, circunstâncias nas quais sua responsabilidade será apurada extracontratualmente, isto é, desvinculada de qualquer acordo prévio entre as partes (AGUIAR JR., 2010, p. 510).

Além disso, ao violar as normativas regulamentares da profissão, o médico pode ser submetido à reprimenda administrativa<sup>63</sup> ou mesmo imputação penal, esta quando o caso for de maior gravidade. Aliás, tendo em vista que todas as sobreditas esferas “sancionatórias” são autônomas entre si, pode até mesmo ocorrer que um único fato – morte culposa do paciente, por exemplo – enseje responsabilização em todas elas (NALINI, 2010, p. 575-576).

Feita essa observação em relação ao equívoco absolutista de se considerar a responsabilidade médica puramente contratual, deve-se advertir que a contundência dos juristas ao harmonizar a responsabilidade dos médicos a esse âmbito de atuação reveste-se mais de boas intenções do que propriamente de deméritos. Tanto é assim que Rodrigues completou sua assertiva acima transcrita reconhecendo que essa inversão de órbitas (de extracontratual para contratual) “*representou, de certo modo, uma conquista do progresso científico*” (2008, p. 248).

---

<sup>62</sup> Nesse sentido, veja-se que, mesmo naqueles casos cuja prestação advém da escolha aleatória de um médico credenciado ao seguro-saúde pago pelo paciente, permanece o caráter contratual da relação jurídica, tendo em vista que este poderá se recusar ao atendimento daquele em razão de sua eventual má prática médica, constatada no momento da consulta (SANTOS, 2008, p. 146-147).

<sup>63</sup> São exemplos de condutas que levam à reprimenda disciplinar dispostos no Código de Ética Médica, entre diversos outros: a) fornecimento de atestado falso (Art. 80); b) delegar a outros profissionais atos exclusivos da medicina (Art. 2º); c) deixar de zelar pela atualidade e cientificidade de suas publicações docentes, bem como omitir sua vinculação a quaisquer indústrias, estabelecimentos ou institutos ligados à área da saúde, fatos que podem ensejar conflitos de interesses (Art. 109) (DINIZ, 2013, p. 334).

De fato, a aplicação mais importante dessa transposição se dá no campo probatório. Enquanto na seara contratual basta ao autor provar a existência de um contrato, seu respectivo inadimplemento, o dano sobreveniente e o nexo de causalidade para configurar o dever indenizatório pela parte adversa, no âmbito extracontratual é necessário, ainda, a comprovação da conduta culposa do agente (AGUIAR JR., 2010, p. 510).

Isso porque, no campo do inadimplemento contratual – quando o devedor incorre em mora ou descumpre totalmente a prestação que lhe é incumbida – surge em seu desfavor uma presunção relativa de culpa, a qual só será ilidida pela comprovação da ocorrência de fatos estranhos a sua conduta, devendo demonstrar, portanto, que agiu dentro de suas limitações, bem como que desempenhou suas atividades com prudência, diligência e cautela (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 595).

Seguindo essas razões, tal proposição doutrinária facilitaria a reparação dos danos experimentados pelos pacientes na medida em que transferiria ao médico o ônus de elidir um dos pressupostos indispensáveis à constituição do dever indenizatório, qual seja ele, o elemento subjetivo da conduta humana (culpa), cuja presença já estaria presumida em favor do credor (paciente) no advento de eventual inadimplemento contratual.

Não é por outro motivo, aliás, que essa mudança de paradigma enfrentou forte resistência quando de sua ascensão na França, porquanto logo se cogitou que tal formulação teórica culminaria na consolidação da culpa presumida em detrimento da classe médica<sup>64</sup>, receio que somente restou suplantado pela assunção da teoria de Demogue, exposta no item 1.4.3 deste trabalho (SANTOS, 2008, p. 145).

Com toda certeza esta última cognição fez permanecer um tanto quanto mitigada referida vantagem de se atribuir a qualidade de contratual à responsabilidade médica<sup>65</sup>. Isso porque, embora tal responsabilidade passasse a ter natureza contratual, a partir do momento em que a obrigação dos médicos foi taxada como “de meios”, o elemento subjetivo da conduta voltou a ser requisito para imputação de responsabilidade.

---

<sup>64</sup> O aludido temor juntamente com a forte influência do direito francês sobre a constituição do Código Beviláqua, explica o porquê seu artigo 1.545, cujo teor tratava a respeito da responsabilidade civil médica, foi positivado no âmbito da responsabilidade extracontratual (SANTOS, 2008, p. 145). Aliás, de ver que esse polêmico posicionamento do dispositivo permanece estancado na atual codificação, desta vez com o art. 951, fomentando dúvidas aos operadores jurídicos.

<sup>65</sup> Trecho que aquilata essa assertiva pode ser extraída de Rodrigues quando diz que “*A vantagem de colocar a responsabilidade do médico no campo do contrato é limitada, pois, em rigor, o fato de o esculápio não conseguir curar o doente não significa que inadimpliu a avença. Isso se dá porque, ordinariamente, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado*” (2008, p. 248).

Deveras, ainda hoje é bem difundida na doutrina nacional – em especial no direito médico – essa vertente interpretativa da teoria de Demogue que lhe dá a serventia de distribuir os ônus probatórios nas contendas cuja origem se alicerça em um descumprimento contratual. A partir dessa hermenêutica, expandiu-se o entendimento de que quando a obrigação é de resultado, seu não atingimento presume a culpa do devedor, enquanto nas obrigações de meios – como é a grande maioria contraída pelos médicos – pertence ao credor (paciente) a prova do inadimplemento culposos da obrigação (RENTERIA, 2011, p. 34-35).

Entretanto, não se pode anuir pacificamente com tal compreensão do tema na medida em que vai de encontro ao atual progresso da responsabilidade civil. Por certo, principalmente em virtude da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, essa forma de pensar a matéria tornou-se obsoleta, já que o teor de seu art. 6º, VIII<sup>66</sup> modifica severamente as balizas que norteavam a distribuição do ônus da prova nesses casos<sup>67</sup>.

Hoje, por mais que uma obrigação médica tenha natureza “de meios”, pode-se (e deve-se) compelir o médico à prova de que a intervenção malsucedida não lhe é imputável, mormente naquelas hipóteses em que a prova desse erro médico seja demasiadamente penosa ao paciente e relativamente acessível ao profissional – o que é a regra das relações entre médicos e pacientes (RENTERIA, 2011, p. 108). Ou seja:

[...] pode-se concluir que a tese segundo a qual na obrigação de meios a prova do descumprimento imputável ao devedor cabe ao credor perdeu, na prática, sua relevância. O encargo de provar o inadimplemento imputável pode ser atribuído ou não ao credor, **o que só serve para evidenciar que a classificação da obrigação em meio ou resultado não se revela suficiente para a distribuição do ônus da prova** [sem grifo no original] (RENTERIA, 2011, p. 119-120).

Em síntese, ao se submeter ao Código de Defesa do Consumidor, independe saber se a obrigação dos médicos é de meios ou de resultado ou, ainda, se é a natureza da relação é contratual ou extracontratual – o que, como visto, depende do caso em análise. Nesse microsistema vige uma forma diversa de distribuição dos ônus probatórios (distribuição dinâmica), a qual suplanta a Teoria de Demogue e melhor resguarda a defesa dos direitos do

---

<sup>66</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

<sup>67</sup> Consoante será aprofundado no item 3.3 deste trabalho, tal instituto – denominado de inversão do ônus probatório – permitiu que, diante de determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência processual do consumidor), houvesse a transmissão do encargo probatório a parte adversa (médico), independentemente da natureza obrigacional (se de meios ou de resultado).



paciente enquanto consumidor hipossuficiente da relação estabelecida em face do profissional liberal.

Vencida tal discussão – que ainda será melhor aprofundada no próximo capítulo deste trabalho –, bem como observada a natureza contratual da atividade médica, ao menos na grande maioria dos casos, deve-se investigar qual a espécie contratual na qual se fundamenta o labor desses profissionais liberais.

Nesse ponto, de notar, desde o início, que a maioria da doutrina<sup>68</sup> entende ser o contrato de prestação de serviços – positivado entre os arts. 593 e 608 do Código Civil – aquele que melhor se amolda a atividade exercida pelos médicos (SANTOS, 2008, p. 147). Por outro lado, também existem outros entendimentos que “*assemelham o contrato médico a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inominado ou multiforme*” (KFOURI NETO, 2013, p. 84).

Entretanto, parece com razão Kühn (2002, p. 95-96), para quem, apesar de realmente se assemelhar ao contrato de prestação de serviços, o contrato firmado entre médico e paciente não lhe pode ser igualado. Diante das peculiaridades que tangenciam a atividade médica – analisadas acima – tal pacto é melhor enquadrado entre os contratos atípicos (SANTOS, 2008, p. 148).

A questão é bem sintetizada por Gustavo Borges:

Nas cirurgias plásticas, ressalvadas as situações excepcionais, nem o médico nem o paciente se encontram em circunstâncias dramáticas e dispõem de tempo necessário para discutir o acordo. A par de toda essa discussão, sustenta-se que o contrato entre o médico e o paciente pode ser definido como um vínculo contratual *sui generes*, permeado por valores éticos e metajurídicos – que tem como princípios vetores a boa-fé contratual, a justiça e a autonomia da vontade, sendo o aspecto principal a proteção da dignidade humana (2014, p.161)

A todo modo, qualquer que seja sua real denominação, o importante neste trabalho é ter em mente a ressalva acima realizada quanto a sua subsunção ao ordenamento jurídico consumerista e todos os consectários legais daí sobrevenientes, bem como o diálogo de fontes dessa normativa com o Código Civil e com o Código de Ética Médica, fator que completa um sistema protetivo do paciente, hipervulnerável nessa relação jurídica (BORGES, 2014, p. 161).

Aliás, em razão da entrada em vigor do CDC chegou-se a afirmar que tais discussões “*perderam relevância*”. O mais importante, a partir de então, seria desmembrar a

---

<sup>68</sup> Nesse sentido: Genival Veloso de França, Ênio Santarelli Zuliani, Miguel Kfoury Neto, entre outros.

atuação do profissional liberal da prestação de serviços médicos de forma empresarial, essa sim circunstância com reais consequências no ramo da responsabilidade civil médica (CAVALIERI, 2012, p. 403).

### **2.3 A normativa que regula a responsabilidade civil dos médicos e a dos estabelecimentos hospitalares**

É sabido que existe uma grande diferença entre a responsabilidade dos médicos quando trabalham como profissionais autônomos e a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e congêneres, pessoas jurídicas prestadoras de serviços de saúde: os primeiros respondem subjetivamente enquanto os segundos respondem objetivamente. Entretanto, a matéria também possui especificidades que precisam ser melhor esclarecidas neste momento, senão vejamos.

Os médicos, na qualidade de profissionais liberais, são responsabilizados em razão da existência de culpa em sua conduta, isto é, em virtude da demonstração de uma falta profissional na qual se consubstancie um atuar doloso, negligente, imprudente ou imperito. Em suma, trata-se da responsabilização por um ato ilícito, com fulcro nos arts. 186, 927, *caput*, e 951 do Código Civil ou, caso a relação jurídica esteja submetida ao regime consumerista, com esteio no art. 14, §4º<sup>69</sup>, do respectivo Códex (MIRAGEM, 2010, p. 681).

A clareza dos dispositivos supracitados é inequívoca e assim, ao menos nessa etapa, a culpa é elemento intransponível à consecução do dever indenizatório que não cede nem mesmo a cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, cuja parte final impõe a responsabilidade objetiva “*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” (SANTOS, 2008, p. 170).

Isso porque, em verdade, o labor médico não causa risco aos seus pacientes. Pelo contrário, o exercício dessa profissão apenas está imbuído de perigosas escolhas que podem afetar maléfica ou benéficamente seus pacientes. Os riscos, todavia, são antecedentes a sua intervenção e, além do mais, existirão de qualquer modo, afinal, com ou sem sua atuação, as

---

<sup>69</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

mortes e as iatrogenias decorrentes das moléstias levadas à eventual apreciação do facultativo não deixarão de se suceder (SANTOS, 2008, p. 170-171).

Para melhor entender referida afirmação, deve-se esclarecer a diferença existente entre atividade perigosa e atividade arriscada, questionamento que é resolvido pela análise do nexo causal. Por certo, se o dano sobreveniente possui íntima relação com a atividade humana realizada, esta será considerada arriscada e tal elemento (risco) poderá ser utilizado na qualidade nexo de imputação de responsabilidade. Ao revés, se o fator de ameaça é externo à atividade humana, será designado de perigo e, por si só, não é elemento suficiente a preencher o nexo de imputação da responsabilidade. Em síntese, o dilema cinge-se a saber se o fator de ameaça é produto da atividade desenvolvida ou não (SANTOS, p. 171).

Ora, a partir dessa cognição torna-se claro que a atividade médica é perigosa, mas não arriscada ou geradora de risco. Como visto, uma atividade só será arriscada quando gerar por si só o risco – desenvolvimento de energia nuclear e danos ambientais respectivos, por exemplo –, o que evidentemente não é o caso da atividade médica, pois a morte e os efeitos perniciosos decorrentes de doenças humanas ocorrerão independentemente da regular intervenção medicinal (SANTOS, 2008, p. 171).

Por seu turno, a responsabilidade dos hospitais e clínicas é bem diversa. De começo, deve-se identificar se tais estabelecimentos se sujeitam ao regime de administração pública ou de administração privada.

Se públicos, a prestação de serviços será feita a título gratuito e universal, e a instituição não será submetida ao conceito de fornecedora de serviços, motivo pelo qual não são aplicáveis as diretrizes normativas dispostas no Código de Defesa do Consumidor, mas tão somente e subsidiariamente aquelas expostas na codificação civil<sup>70</sup>. Esses casos, na verdade, serão norteados pela responsabilidade objetiva extracontratual do Estado, consoante prevê o art. 37, §6º, da Constituição Federal, bem como pelas regras de regência do Sistema Único de Saúde (SUS), conjunto normativo positivado por intermédio da Lei n. 8.080/90 (MIRAGEM, 2010, p. 681 e 697).

Quanto à apuração da responsabilidade dos hospitais e clínicas privadas, deve-se proceder a formulação dos seguintes questionamentos: o dano adveio da relação a) entre o médico e paciente para o tratamento deste?; b) entre a clínica/hospital e o paciente para a

---

<sup>70</sup> Veja-se que se instituições particulares aderirem ao Sistema Único de Saúde por meio de subsídio governamental, embora haja pagamento indireto dos serviços prestados pelo cidadão-contribuinte, ao caso não incidem as normas protetivas do CDC (MIRAGEM, 2010, p. 697).

hospedagem deste?; e c) entre o médico e a clínica/hospital para o tratamento do paciente? (TEPEDINO, 2006, p. 96-97).

Por suposto, se o dano tiver por causa o ato médico, em si, a responsabilidade será do próprio profissional que, como dito, é subjetiva, ou seja, condicionada a prova do elemento subjetivo da conduta humana. A clínica/hospital, entretanto, poderá ser solidariamente responsável, nestes casos, na medida em que o profissional culpado compõe seu quadro de funcionários, agindo de forma subordinada as orientações da instituição. Mesmo nesse caso, todavia, é indispensável a comprovação da culpa do médico não respondendo o estabelecimento objetivamente (TEPEDINO, 2006, p. 99).

De modo diverso, se os danos são provenientes do chamado contrato de hospedagem firmado pelo paciente em relação à clínica/ao hospital, como nos casos de falha na realização de exames, nos serviços de enfermagem, no funcionamento de aparelhos ou na estrutura ambulatorial, a responsabilidade do respectivo estabelecimento será objetiva, fundada no defeito do serviço, consoante estatui o art. 14, *caput*, do CDC. Ainda se encaixam no regime de reparação objetiva os danos associados à infecção hospitalar, mormente quando esta se origina da ausência de asseio nas dependências do nosocômio (TEPEDINO 2006, p. 98).

Por fim, se o médico apenas utiliza as dependências do hospital/clínica para o regular processamento de suas atividades, sem qualquer conexão de subordinação ou dependência, o estabelecimento nem mesmo será chamada a responder pelo dano. Em outras palavras, não haverá nexo causal, nessa hipótese, entre o dano decorrente da intervenção médica e a clínica que cedeu o espaço para a atuação médica (TEPEDINO, 2006, p. 99-100).

## 2.4 Erro médico

O conceito de erro médico é problemática enfrentada pela doutrina jurídica, principalmente em razão de sua vagueza, mas também porque a palavra “erro” pressupõe sempre uma atuação culposa do médico enquanto sua utilização cotidiana é extensiva a outras iatrogenias cuja causa o facultativo não influiu (SANTOS, 2008, p. 155-156).

Evidentemente, se as situações as quais o termo é subsumido são distintas e produzem efeitos também diversos (geração do dever indenizatório ou não), o mais adequado

seria que fossem identificadas por desígnios próprios. É justamente esse correto delineamento da questão que será desenvolvido nas próximas linhas a fim de se adotar um padrão terminológico coerente no decorrer do trabalho. Para alcançar tal objetivo, pode-se, desde já, discernir o que se entende por erro médico, erro profissional<sup>71</sup>, acidente imprevisível e resultado incontrolável.

O erro profissional possui origem em uma falha não imputável ao médico (no caso ao cirurgião plástico estético), porquanto decorrente de limitações científicas ou das reações imponderáveis do corpo humano, sendo considerado um erro escusável e, portanto, desvinculado da culpa médica. Nesse sentido, o dano correlato é incapaz de ensejar responsabilização civil, uma vez que o médico atuou em consonância aos deveres essenciais de sua profissão, utilizando-se de técnicas aceitas ou defendidas na literatura especializada (BORGES, 2014, p. 276-277).

Dentro desse conceito – ou ao menos fora do regime de imputação de responsabilidade – podem ser incluídas, ainda, as locuções chamadas de “acidente imprevisível” e de “resultado incontrolável”. Este é o desencadeamento de uma circunstância grave e de curso inexorável, cujo dano respectivo se sobrepõe ao atual estado da ciência médica. Aquele (acidente imprevisível), por outro lado, advém da ocorrência de caso fortuito ou força maior, portanto circunstância imprevisível e exterior a atividade desenvolvida, incapaz de ser evitada por qualquer médico que se encontrasse em idêntica situação (FRANÇA, 2014, p. 338).

Em sentido oposto, o termo “erro médico” está insuflado de uma conotação negativa e intimamente ligado ao conceito de culpa. Mais do que mera conexão, a expressão erro médico pode ser entendida como a própria atuação culposa desse profissional, o que eventualmente pode culminar em sua responsabilização civil (SILVA, 2009, p. 38). Aliás, nesse mesmo sentido vários outros vocábulos também são utilizados pela doutrina, destacando-se dentre outros: erro técnico, má prática profissional, mala praxis, conduta imprópria e falha médica (BORGES, 2014, p. 279-280).

Leonardo Vieira Santos, jurista que cunha esse mesmo significado à expressão, faz importante adendo no sentido de que o erro médico está sim intimamente conectado ao conceito de culpa, mas não necessariamente ao de responsabilidade civil. Com efeito, pode

---

<sup>71</sup> Leonardo Vieira Santos prefere o termo “fato escusável” para “denominar o desfecho danoso de procedimento médico, quando havido mesmo após a adoção de cuidados conscienciosos e adequados à luz do estágio atual da medicina [...]” (2008, p. 158).

ocorrer que em virtude de um erro médico não se suscite qualquer dano e, assim, não haveria que se falar em responsabilidade. Em resumo, vincula-se “a expressão a apenas dois dos pressupostos da responsabilidade civil dos galenos, quais sejam, a conduta e a culpa” (2008, p. 157).

Pode-se afirmar que tanto a doutrina nacional quanto à estrangeira classifica o erro médico em diversas subespécies e, a depender do jurista, essa subdivisão apresenta maior ou menor quantidade de componentes, bem como nomenclaturas variadas. Na concepção de Gustavo Borges, por exemplo, o erro médico pode ser ordenado em três tipos: a) erro de diagnóstico; b) erro de tratamento; e c) erro na relação com o paciente (2014, p. 284).

O diagnóstico é o primeiro ato médico, no qual o paciente relata sua doença, bem como toda e qualquer informação relevante que lhe seja questionada. Além disso, o médico procederá a um interrogatório completo, averiguando o estado geral de saúde do cliente mediante análise de seu peso, pulso, temperatura, pressão arterial e outros exames pertinentes por meio de equipamentos tecnológicos adequados. Em síntese, diagnóstico “é o parecer médico sobre o estado do paciente após a anamnese” (BORGES, 2014, p. 284).

É senso comum na doutrina a afirmação de que do erro de diagnóstico não surge responsabilidade civil, exceto quando for manifesto ou grosseiro (AGUIAR JR., 2010, p. 513). Isso porque sua natureza excessivamente técnica e a falibilidade científica de alguns dos métodos disponíveis tornam possíveis a existência de equívocos escusáveis na formação do diagnóstico do paciente (KFOURI NETO, 2013, p. 102).

A afirmação é parcialmente verdadeira. Conquanto a álea esteja presente ao longo do referido processo, não devem estar sujeitos à responsabilização apenas os casos de evidente má conduta profissional – erro grosseiro –, nos quais a culpa médica é grave. Por certo, é mais consentâneo com o ordenamento jurídico brasileiro, que independe da gradação da culpa para constituição do dever reparatório, conceber o diagnóstico enquanto um procedimento subordinado a regras, cautelas e rigores insuprimíveis (TEPEDINO, 2006, p. 93).

Dessa forma, deve-se inquirir se o erro de diagnóstico adveio de uma conduta culposa lato sensu – como um mero atendimento às pressas, desleixado ou negligente – e se todos os meios tecnológicos e científicos que possuía à época eram suficientes a lhe dar um grau de razoável convencimento quanto à moléstia que acometia o paciente. Ademais, deve-se saber se houve a efetiva utilização de todos esses meios e, caso a resposta seja negativa,

justificar adequadamente qual o fator que impediu que eles fossem empregados – maquinário quebrado, ausência de condições econômicas do paciente, etc. Somente após toda essa averiguação é que, constatando-se atuação ou omissão culposa de qualquer gabarito, nascerá o dever indenizatório ao médico (BORGES, 2014, p. 286).

O erro de tratamento, por outro lado, é aquele que acontece na execução do diagnóstico. Em outras palavras, após esmiuçar o estado de saúde do paciente e indicar-lhe o tratamento adequado, o médico ministra medicação, intervém cirurgicamente ou administra um tratamento alternativo. Eventual erro que aconteça durante essa fase é denominado de “erro de tratamento” e, uma vez consubstanciado pela culpa, gera o dever indenizatório (BRANCO, 2010, p. 556).

Trata-se daquelas situações mais óbvias, como o esquecimento de material cirúrgico dentro do corpo do paciente, a prescrição de medicamentos que acarretem intempéries alérgicas ou emocionais ou o insucesso geral da intervenção efetuada (no caso dos cirurgias plásticas: mamas disformes, nariz adunco, orelhas assimétricas, cicatrizes evidentes, entre outros). Além desses, os descuidos com elementos secundários ao cerne da atuação também estão aqui abarcados, tais como a infecção hospitalar provocada pela falta de asseio do médico na utilização de seus equipamentos (BRANCO, 2010, p.556).

Por fim, os erros na relação com o paciente incluem todas aquelas outras falhas não inseridas em uma das classificações anteriores. Cuida-se de um critério residual cujo teor engloba as circunstâncias havidas tanto na fase pré-contratual quanto na fase pós-contratual, desde que viole um dever essencial assumido pelo profissional da medicina, como são os deveres anexos derivados da cláusula geral de boa-fé objetiva. Nesse sentido, alguns exemplos são “*a falha em providenciar tratamento profilático adequado, a monitoração inadequada, falha de comunicação com o paciente, falha no equipamento, etc.*” (BORGES, 2014, p. 288).

Cabe ressaltar neste momento que o erro médico nos procedimentos cirúrgicos estéticos deve ser analisado de forma cuidadosa, tendo em vista que a beleza não segue padrões unívocos. Pelo contrário, o trabalho do cirurgião pauta-se em padrões objetivos e científicos de beleza, modelos ideais que podem não corresponder à expectativa do paciente. Dessa forma, as duas perspectivas (a do cirurgião e a do paciente) podem não terminar em um denominador comum e, portanto, entrarem em rota de colisão, não propriamente por erro de alguma das partes, mas pelo condicionamento psicológico do paciente em alcançar determinado padrão anatômico (BORGES, 2014, p. 282-283).

Retirar esse alto grau de expectativa por parte do paciente é tarefa complexa e de responsabilidade do cirurgião pela via do dever informacional. Aliás, esse dever e tantos outros deveres indissociáveis à atividade médica – brevemente citados acima – são o objeto de estudo da próxima passagem, cuja compreensão é fundamental ao completo entendimento da responsabilidade civil médica.

## 2.5 Deveres anexos derivados da boa-fé objetiva

De início, bom saber que a principal fonte dos sobreditos deveres médicos, também denominados de secundários ou anexos – em contraste àqueles que são o núcleo do vínculo contratual estabelecido –, é a boa-fé objetiva, notadamente em seu mister formador de deveres<sup>72</sup> (BARBOSA, 2008, p. 91).

Nessa acepção, criam-se deveres para ambas as partes (positivos ou negativos), os quais são introduzidos na respectiva relação jurídica, independentemente da vontade das partes, mas que ensejam possível responsabilização em razão de seu descumprimento (BARBOSA, 2008, p. 92).

Em outros termos, a boa-fé objetiva é festejado instituto desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs que estabelece uma plêiade de deveres pré e pós contratuais, exigindo dos particulares uma conduta leal em busca da confiança recíproca e do respeito aos interesses do outro, cognição que suavizou os excessos então vigentes em razão do liberalismo jurídico (SCHREIBER, 2009, p. 45).

Em verdade, tal instituto é responsável pela estruturação de *standards* de comportamento que possam ser reivindicados nas relações interpessoais, mesmo que jurídico-privadas. Aliás, essa é a feição mais complexa da boa-fé objetiva na medida em que não é suficiente elencar um sem-número de deveres anexos (informação, sigilo, proteção, aconselhamento, etc), se não for possível aferir e precisar seu efetivo conteúdo na relação obrigacional a qual está sendo subsumido. Isto é, de nada adianta criar um dever anexo sem saber qual seu efetivo significado na específica relação jurídica em análise (SCHREIBER, 2009, p. 46).

---

<sup>72</sup> Por certo, a boa-fé objetiva possui três vertentes de igual importância no direito privado, quais sejam: a) função de modelo interpretativo dos ajustes entabulados; b) função criativa de deveres anexos ou secundários à obrigação que é cerne do contrato; e c) função limitadora do exercício de direitos (SCHREIBER, 2009, p. 46).



Tendo em vista tais considerações, passa-se, em particular, a tentativa de desvendar qual a extensão desses deveres na seara médica, bem como analisar seu eventual recrudescimento nos procedimentos cirúrgicos estéticos.

Em primeiro, bom lembrar os deveres cuja violação caracteriza, em grande parte das vezes, culpa médica, quais sejam eles, os deveres de técnica e perícia. É intrínseco a carreira médica a atualização e o aprimoramento científicos contínuos de modo que o profissional da saúde sempre aja segundo a *lex artis* aplicável àquele ato médico em específico, ou no termo latino largamente difundido, consoante a *lex artis ad hoc* (BORGES, 2014, p. 188).

Em síntese, esse brocado latino sintetiza o critério valorativo de acerto do ato efetivado pelo profissional da medicina, segundo o qual se pretende saber se sua atuação é harmônica ou não ao espectro de requisitos técnicos geralmente exigidos nas mesmas circunstâncias. Para tanto, deve-se levar em conta os atributos individuais do profissional, os recursos matérias de que dispunha, bem como a complexidade e as peculiaridades inerentes ao procedimento realizado (KFOURI NETO, 2013, p. 207).

Outros deveres médicos são os de atuar cuidadosa, prudente e diligentemente. Trata-se da subsunção específica de deveres gerais, aplicáveis a todas as relações sociais indistintamente. Assim, o dever de cuidado cinge-se a atuação cautelosa em relação ao seu paciente; já o dever de prudência implica na atuação conforme a técnica médica, respeitando, por exemplo, todas as etapas do tratamento; por fim, o dever de diligência se perfectibiliza com o emprego da devida atenção e respeito às circunstâncias específicas que acometem seu paciente (MIRAGEM, 2010, p. 696).

Ainda, deve o médico guardar sigilo a respeito do diagnóstico, tratamento ou qualquer informação do paciente que possua em seu prontuário, sendo vedado, inclusive, o uso para fins científicos quando sem a autorização do interessado<sup>73</sup> (TEPEDINO, 2006, p. 96).

Outrossim, embora todos os sobreditos deveres possuam a sua importância, no que toca aos cirurgiões plásticos estéticos, especial atenção deve ser dada quanto ao processo

---

<sup>73</sup> O sigilo médico ocupa todo um capítulo do Código de Ética Médica. Apenas a título de exemplificação, autoriza-se a transcrição do art. 73 e 75 de cujo teor se extrai que é vedado ao médico, respectivamente: “Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente” e “fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente”.

informativa e o consequente consentimento informado do paciente em se submeter ao procedimento cirúrgico contratado, senão vejamos.

### **2.5.1 Consentimento informado e responsabilidade civil**

Entre os diversos deveres médicos acima citados, torna-se de primordial compreensão para os fins deste trabalho certo aprofundamento acerca do dever de informação e o posterior consentimento informado do paciente quanto aos riscos a que irá se submeter no procedimento cirúrgico estético.

A princípio e em sentido amplo, o direito à informação se reveste de direito fundamental do consumidor, previsto sistemática e implicitamente na Constituição Federal – haja vista a ausência de dispositivo específico que trate acerca da matéria –, além de ser imprescindível à integral defesa dos consumidores. Ademais e ainda nessa linha de raciocínio, que é consectário do fenômeno contemporâneo conhecido como constitucionalização do direito privado, o direito à informação também pode ser extraído, por via transversa, de outros princípios expressamente previstos na Carga Magna, tais como o direito à saúde e à vida<sup>74</sup> (BARBOSA, 2008, p. 50-51).

Abstraída a discussão acerca de seu status constitucional ou não<sup>75</sup>, o direito à informação é uma vertente do direito geral de personalidade, importante instrumento para resguardar a defesa dos consumidores na medida em que constrói dever de inafastável incumbência por parte do fornecedor, principalmente na seara médica, qual seja, esclarecer o tratamento que será ministrado e os riscos a ele inerentes (BARBOSA, 2008, p. 51).

Nesse ponto, aliás, relevante ter em mente que essa postura aberta e transparente, que possibilita ao paciente saber sua condição de saúde e suas chances de reabilitação, nem sempre encontrou amparo na medicina. Houve um tempo, não muito longínquo, em que se pensava que quanto menos o paciente soubesse a respeito de seu estado de saúde maior seria a probabilidade de sua cura. Durante esses longos anos aceitou-se a figura do médico na qualidade de titular exclusivo do conhecimento técnico, o que o legitimou a se ingerir no

---

<sup>74</sup> A incidência do direito fundamental à informação dar-se-ia horizontalmente, isto é, entre particulares (fornecedor e consumidor) e em confronto à aplicação clássica dos direitos fundamentais enquanto direitos atribuíveis a todos indistintamente – e não a um indivíduo em face de outro (BARBOSA, 2008, p. 52).

<sup>75</sup> Ao menos infraconstitucionalmente, além de poder ser extraído indiretamente de diversos outros dispositivos (art. 12, 14, 30, 31, 36, parágrafo único, 37, 38, 46 do CDC) é inegável a literal posituação do dever de informação no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor (BARBOSA, 2008, p. 116).

processo decisório do paciente, isto é, a escolher a melhor opção em nome deste (FACCHINI NETO; EICK, 2015, p. 53-54).

Esse cenário só se modificou após os perversos experimentos realizados ao longo da Segunda Guerra Mundial, época a partir da qual se tornou indispensável o consentimento prévio do paciente para que se sujeitasse a qualquer espécie de intervenção médico-científica. Atualmente, por outro lado, a questão ética não é mais a ponderação entre dar ou não a informação ao paciente, mas sim como fazê-lo e em qual proporção (FACCHINI NETO; EICK, 2015, p. 54-55).

De modo a solucionar tal questionamento, necessário decompor o dever de informação médica em ao menos três vertentes diversas, que em conjunto delineiam um esboço do caminho a ser traçado. A primeira, seria o dever de informação-lealdade, no qual o médico deve esclarecer ao paciente todos os riscos inerentes ao tratamento proposto, as possíveis consequências adversas, bem como seu custo financeiro. Em ato contínuo, há o dever de informação-colaboração, de cujo teor emana o imperativo de auxiliar ao paciente no pós-operatório, ditando as diligências a serem respeitadas ou providenciadas. Por fim, encontra-se o dever de informar propriamente dito que se refere ao correto diagnóstico do paciente, inclusive com a ilustração das legítimas chances de êxito do respectivo procedimento a ser adotado<sup>76</sup> (MIRAGEM, 2010, p. 690).

Em síntese, o conteúdo e a extensão do dever de informação médico compreendem todas as informações necessárias e suficientes à integral elucidação do enfermo quanto aos pontos significativos à construção de uma convicção consciente<sup>77</sup>. Em outros termos, a informação deve ser de tal modo assimilável que, além de ser completamente compreendida por um indivíduo em estado de vulnerabilidade física, psicológica e técnica, necessita ser processada e externada em ato que representa submissão e concordância ao que lhe foi explicado<sup>78</sup> (MIRAGEM, 2010, p. 690-691).

---

<sup>76</sup> O dever de informar foi positivado no art. 34 do Código de Ética Médica, que veda ao profissional: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

<sup>77</sup> Em consonância a esse discurso está Tepedino para quem: “O paciente, normalmente leigo e, portanto, desconhecedor da ciência médica, deve obter as informações necessárias para que o seu consentimento seja expressão de uma livre avaliação das circunstâncias que cercam o seu estado de saúde e as condições de sua recuperação” (2006, p. 95).

<sup>78</sup> Vale destacar que, para atingir tal objetivo, o médico deve, sempre que possível, abdicar da linguagem técnica, inalcançável ao leigo não habituado com terminologias científicas, repassando eficientemente as informações em vocabulário acessível ou por quaisquer outros meios que facilitem a correta assimilação do conteúdo indispensável à formação do consentimento informado (MIRAGEM, 2010, p. 692).

Ou seja, o dever de informar não é nada mais do que um instrumental que possibilita ao paciente concordar conscientemente com o serviço médico que lhe está sendo proposto. Ele representa uma via de mão dupla, “*informa-se para se obter o ‘consentimento informado’*” e assim perfectibilizar a relação jurídica médico-paciente (FACCHINI NETO; EICK, 2015, p. 57).

Aqui cabe abrir um breve parêntese acerca do consentimento informado que, como dito, é a segunda face da mesma moeda do dever informacional. Conceituado como a decisão autônoma de submissão e concordância consciente à técnica médica sugerida<sup>79</sup> – após processo de diálogo entre médico e paciente nos moldes sobreditos –, só pode ser dispensado nas hipóteses em que há necessidade de atuação urgente, isto é, quando presente risco de morte do paciente<sup>80</sup> (FACCHINI NETO; EICK, 2015, p. 60-61).

Uma das principais dificuldades dessa definição é atestar, na prática, se o feixe de informações que o médico repassou ao paciente foi devidamente compreendido por este e a ele validamente retransmitido.

Nesse sentido, Giselda Hironaka, em palestra proferida a profissionais da medicina<sup>81</sup>, já os acautelava em relação ao dever informacional que sua classe deveria conservar, principalmente no que tange aos procedimentos cirúrgicos estéticos. Na oportunidade, aconselhou-os a consignar por escrito a manifestação de vontade consciente do paciente de forma individualizada, isto é, sem o subterfúgio de formulários padrões, os quais poderiam ser desconsiderados em eventuais contendas judiciais<sup>82</sup> (2004, p. 20-21).

Com razão está a aludida professora visto que, embora o registro escrito seja importante início de prova da atuação diligente do médico em advertir seu paciente dos possíveis infortúnios a que se submeterá, por si só, não configura prova cabal e indiscutível de que toda a referida plêiade de informações foi dada. Aliás, de ver que a inexistência de documento escrito, também não significa necessariamente o contrário, isto é, que não houve a

<sup>79</sup> Art. 22 do Código de Ética Médica: Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

<sup>80</sup> O ponto que trata da dispensa do consentimento informado não será aprofundado, porquanto os procedimentos estéticos não possuem tal natureza. Todavia, apenas para não deixar à mingua de fundamento, afirma-se ser pacífico na doutrina e na jurisprudência que tal dever é dispensado em circunstâncias de risco iminente.

<sup>81</sup> Palestra proferida no VII Radesp – Reunião Anual dos Dermatologistas do Estado de São Paulo, na cidade de Santos (SP), em 30 de novembro de 2002, promovida pela Sociedade Brasileira de Dermatologia – Regional São Paulo (HIRONAKA, 2004, p. 15).

<sup>82</sup> “Deve, por isso, verificar empírica e teoricamente, se o paciente é suscetível a problemas de cicatrização, de formação de queloides, de deformações ósseas ou cutâneas, etc. E deve mais: deve alertar o paciente de tudo isso, deixando CLARO que não pode garantir o resultado desejado, mas que existem chances do resultado ser obtido. Dessa forma, deixará tratado com o paciente a possibilidade de eventos danosos supervenientes” (HIRONAKA, 2004, p. 20-21).

constituição válida do consentimento do paciente. Enfim, deve-se evitar essa visão comum de “formularização” do consentimento (FACCHINI NETO; EICK, 2015, p. 59).

Na verdade, ao se debruçar sob o caso concreto, o jurista deve avaliar se o conteúdo das informações relevantes foi efetivamente repassado e compreendido pelo paciente, não se satisfazendo com seu simples cumprimento formal em papel. Mais do que isso, a completa formação do consentimento informado do paciente pressupõe e depende de diversos fatores intrínsecos ao próprio paciente, tais como idade, grau cultural, capacidade de assimilação do referido conteúdo, vocabulário utilizado (não ambíguo e acessível), aspectos que devem ser levados em conta no advento de eventual lide (MIRAGEM, 2010, p. 693).

Ultrapassada essa importante digressão a respeito da (in)formalidade que cerca o consentimento informado, retoma-se o raciocínio em relação aos horizontes do dever de informação médica. Afora todo o já asseverado na tentativa de delimitar as fronteiras desse dever anexo inserto às relações médicas, uma questão específica merece destaque: a amplitude do dever de informação obriga o médico a comunicar ao enfermo eventuais danos excepcionais ou raros que podem decorrer do procedimento a ser realizado? Ter ciência no que toca a possíveis acontecimentos extraordinários é essencial à constituição do consentimento informado?

A princípio a resposta parece ser negativa. A informação deve circunscrever-se aos riscos normalmente previsíveis diante da experiência empírica e conforme embasamento estatístico próprio. Assim, as iatrogenias que beiram ao fortuito não precisam ser obrigatoriamente reveladas ao paciente, sob pena de repelir sua submissão a mais simples intervenção cirúrgica em razão de remotíssima possibilidade de dano. Nesses casos, a regra é ponderar a relevância dos interesses em jogo, confrontando a intensidade do eventual dano a que se sujeitará o paciente (como exemplo extremo, a morte) e os benefícios que resultarão de um procedimento bem-sucedido (FACCHINI NETO; EICK, 2015, p. 61).

A inércia também parece ser a melhor escolha quando a divulgação da informação for capaz de afetar psicologicamente o paciente, mormente em casos de doenças terminais ou incuráveis. No máximo, deve-se comunicar à família ou ao responsável direto pelo enfermo acerca de sua delicada situação (TEPEDINO, 2006, p. 90-91). Esse posicionamento, contudo, não é unânime, havendo quem seja adepto de uma postura mais “antiparternalista”, na qual toda e qualquer informação deve ser transmitida ao paciente, ainda que perniciosa aos seus interesses. Só assim se atingiria o verdadeiro consentimento informado (GOGLIANO, 2009, p. 127).

A todo modo, nenhuma dessas omissões pode ser extensiva ao âmbito das cirurgias plásticas estéticas. Nessa específica seara médica, há uma exacerbação do dever de informar e o médico deve transmitir ao paciente o maior número de dados possíveis. Essa peculiaridade do ramo estético é bem tratada por Gustavo Borges:

O médico deve prestar ao paciente todas as informações sobre: os riscos da(s) cirurgia(s); as mudanças corporais que “podem” ser alcançadas com o procedimento cirúrgico, sempre, e taxativamente alertando sobre a impossibilidade de se prometer, face às limitações científicas e anatômicas, a um determinado “resultado”; quais as partes do corpo que serão afetadas e os possíveis efeitos colaterais; as vantagens e desvantagens da hospitalização e da técnica a ser empregada; a duração que se prevê do tratamento, desde o pré-cirúrgico até o pós-cirúrgico; os exames que serão necessários, assim como suas finalidades; a necessidade ou não de anestesia e o tipo a ser aplicada; e, por fim, o instrumental que será utilizado, de modo a dar suporte a todos os subsídios para que o paciente possa se autodeterminar, de forma esclarecida, na tomada da decisão, tendo plena ciência dos riscos e de suas condições clínicas (2014, p. 182-183).

Aliás, em razão do sobredito recrudesimento do dever de informar, também se engloba à ampliação dos dados repassados ao paciente, além dos já enumerados, as iatrogenias mais raras ou infrequentes, isso porque inexiste urgência ou necessidade de intervenção fisicamente terapêutica<sup>83</sup> (KFOURI NETO, 2013, p. 212).

Com efeito, se nas relações “comuns” entre médicos e pacientes o dever de informação já exerce elevada importância, nas cirurgias plásticas estéticas simboliza o núcleo rígido da responsabilização civil dos cirurgiões estéticos. Como será aprofundado no capítulo terceiro deste trabalho, tal modalidade médica encontra-se envolta por uma tempestade doutrinária e teórica de vasta repercussão pragmática e o multimencionado dever está no centro da tormenta.

Há, por exemplo, quem o estatua na qualidade de responsável por transmutar a obrigação do cirurgião estético “de resultado” em “de meios” e, dessa forma, seria a sua não observância que levaria a responsabilização médica e não propriamente a frustração do resultado esperado<sup>84</sup> (AGUIAR JR., 2010, p. 518).

---

<sup>83</sup> Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Jr. para quem “*Na cirurgia, porém, especialmente na estética, a informação deve ser exaustiva*” (2010, p. 512). Também Joana Graeff-Martins que afirma ser a particularidade do procedimento cirúrgico estético a “*informação acerca dos riscos do ato cirúrgico, comuns e específicos, enumeração de todos, inclusive os riscos mais raros e o ‘risco residual’, diferentemente das outras especialidades. O risco residual consiste nos poucos prováveis, que podem ser evitados se o paciente houver sido alertado sobre a probabilidade de sua ocorrência*” (2010, p. 733).

<sup>84</sup> Por primeiro, Ruy Rosado de Aguiar Jr. afirma que a tendência atual na doutrina e jurisprudência francesas é transmutar a obrigação do cirurgião plástico estético em uma obrigação de meios, porquanto imbuída da mesma álea que os demais ramos da medicina. Em complemento, escreve que sua “*particularidade residirá no recrudesimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado*” (2010, p. 518).

Em termos semelhantes, a quem entenda que a depender do cumprimento ou da violação ao dever de informação por parte do facultativo, o procedimento cirúrgico estético se amoldaria a uma das modalidades obrigacionais (meios ou resultado). Assim, se o dever foi cumprido, a obrigação seria de meios; caso violado ou descumprido, de resultado (BENACCHIO, 2009, p. 331).

Outros refutam esse posicionamento e afirmam que a natureza da obrigação dos cirurgiões plásticos é sempre de meios. Caso haja promessas infundadas de resultados milagrosos ou certos, inclusive a partir de imagens computadorizadas e perfeccionistas, o profissional estaria incorrendo em publicidade enganosa, já que não informou ao cliente acerca da imprevisibilidade de seus serviços (BORGES, 2014, p. 101).

Ainda de ressaltar que mesmo entre aqueles que permanecem atribuindo-lhe status de obrigação finalística (de resultado), há o reconhecimento de que existe uma maior densidade no dever de informação em detrimento dessa especialidade médica, especialmente nas hipóteses em que ocorre inadimplemento contratual (ANDRIGHI, 2006, p. 8).

Enfim, a questão cinge-se a saber qual o papel do dever informacional e a correspondente responsabilização médica em caso de sua não observância.

De início, bom ter em mente que a cessão do consentimento informado, por si só, não é hábil a isentar o médico de responsabilidade por eventuais danos. Com isso quer se dizer que o consentimento do paciente não é fator que expurga a responsabilidade do médico por qualquer dano superveniente. Para ser mais preciso, a transmissão do consentimento só é capaz de elidir a responsabilidade do médico em relação àqueles danos decorrentes de riscos intrínsecos ao procedimento e que se manifestaram em virtude de excepcionalidade não imputável à regular atividade médica (MIRAGEM, 2010, p. 694).

Dessa forma, a regra é que os médicos não são responsáveis pelos riscos inerentes aos atos do ofício. Todavia, caso sobrevenha acontecimento extraordinário e este não tenha sido previamente alertado ao paciente, aí sim poderia ser atribuída responsabilização pela falha no dever de informar<sup>85</sup> (MIRAGEM, 2010, p. 694).

O que se preconiza, portanto, é certa prescindibilidade em constatar um dano específico para que, só assim, emergja a obrigação indenizatória por parte do médico. Pelo

---

<sup>85</sup> Nesse sentido são as palavras de Facchini e Eick: “No Brasil, como dito, a jurisprudência tem exigido a presença de um processo informativo, sendo que a ausência do referido processo pode ensejar a responsabilidade civil do médico pelos danos eventualmente sofridos pelo paciente, como consequência inerente ao próprio procedimento, ainda que sem culpa do médico” (2015, p. 77).

contrário, o dever de reparação adviria diretamente da eficácia reconhecida a boa-fé objetiva enquanto criadora de deveres anexos, cuja eventual violação, por si só, acarretaria a chamada quebra positiva do contrato. Ou seja, o dano, que tem por origem as idiossincrasias inerentes a cada corpo humano quando sujeito àquele procedimento estético específico, vê sua fonte jurídica na violação ao dever de informar que tal peculiaridade poderia ocorrer<sup>86</sup> (MIRAGEM, p. 694).

Para explicar essa conjuntura, também é utilizada, por analogia, a classificação de Demogue entre obrigações de meios e obrigações de resultado. No caso, sustenta-se que o cumprimento do dever de informar é, em si, uma espécie de obrigação de resultado<sup>87</sup>. Assim sendo, o julgamento acerca de sua observância se dá em separado à apreciação do integral atendimento à obrigação principal de modo que o desacato a quaisquer desses deveres (principais ou anexos) é suficiente a caracterização da violação positiva do contrato (MIRAGEM, 2010, p. 691).

O fato é que, ao seguir esse entendimento, o surgimento de um dano que, em tese, adveio da ocorrência de um fortuito e, portanto, seria capaz de interromper o nexo causal e excluir o dever indenizatório, não mais o será. Pelo exposto, para que o fortuito se perfectibilize, é imprescindível que seja antevisto pelo facultativo enquanto risco intrínseco ao procedimento médico e, em ato contínuo, informado ao seu paciente a fim de que se obtenha o devido consentimento.

Ora, após esse completo exame da matéria, percebe-se que a especificidade das cirurgias plásticas estéticas em relação aos demais procedimentos médicos é que, dentro desse dever de informar, está incutida a comunicação de todo e qualquer risco, inclusive os mais remotos – conforme já ressaltado (GRAEFF-MARTINS, 2010, p. 772). Porém, o mero recrudescimento do referido dever informacional não parece ter força para modificar a natureza obrigacional da cirurgia estética (meios ou resultado). A circunstância parece mais de adequar ao desenvolvimento de um maior óbice à integral constituição do caso fortuito na qualidade de excludente do nexo causal.

Por um outro ângulo de visão, o que doutrina e jurisprudência pretendem para fins de responsabilidade civil subjetiva (como é a dos profissionais liberais) é, por meio das

---

<sup>86</sup> “Surge, portanto, um dano decorrente somente da falta de informação, como é o caso do profissional médico que, tendo deixado de informar adequadamente o paciente sobre os riscos, é condenado à indenizá-lo quando o risco transmutou-se em dano” (MIRAGEM, 2010, p. 694).

<sup>87</sup> Facchini e Eick também trazem essa cognição para complementar sua obra: “[...] o atendimento ao dever de informar, por si só, é considerado uma espécie de obrigação de resultado, ainda que a prestação principal (a prestação do serviço médico) não o seja” (2015, p. 76).



cláusulas gerais estatuídas pela boa-fé objetiva (como é o caso em análise referente ao dever de informação), elencar condutas que, uma vez violadas, prestam-se a substituir a culpa como único critério de imputação de responsabilidade. Nesse sistema, a culpa exerce função puramente formal, “*como categoria de enquadramento de atos que atingem valores impostos substancialmente por outra clausula geral*” (SCHREIBER, 2009, p. 47).

Essa é a percepção da matéria que mais se conforma com a superação da dicotomia meios *versus* resultado, objeto de estudo no subcapítulo 3.2. De qualquer forma, apenas para finalizar a questão, veja-se a solução desenvolvida pela Corte Superior ao enfrentar o tema no julgamento do REsp 1.180.815/MG:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.

4. **Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.**

RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO [sem grifo no original] (BRASIL, 2010)

O voto condutor, exarado pela Ministra Nancy Andrighi, possui os seguintes trechos de destaque:

Há nestes autos, ainda, outra peculiaridade que merece atenção. [...]. Tem-se, assim, que a recorrida foi advertida sobre a possibilidade de insucesso parcial ou total da cirurgia à qual se submeteu, tendo o recorrido “explicado todo o procedimento à primeira apelada, informando-lhe sobre os possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicas” (e-STJ fl. 457).

A conscientização da recorrente, portanto, é também de fundamental importância para o deslinde da questão ora em debate, em especial diante do comando contido no art. 6º, III, do CDC. O TJ/MG – após minucioso exame das provas produzidas durante a instrução processual – inferiu que o recorrido, ao obter da recorrente o termo de consentimento informado, agiu com a honestidade devida, alertando-a acerca de eventuais problemas que pudessem surgir durante o pós-operatório. [...]

**Não se trata, aqui, de atribuir ao “termo de consentimento informado” a capacidade de excluir o dever do médico de indenizar o paciente por danos provocados por negligência, imprudência ou imperícia.** O documento assinado pela recorrida somente comprova a boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com a paciente, enumerando os benefícios e complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente – **inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica.**

**É possível concluir que a recorrente, ao anuir com os termos do documento elaborado pelo recorrido, estava ciente da possibilidade de falha na cirurgia realizada e a possibilidade de maior evidência das cicatrizes, em virtude de sua maior predisposição genética e racial. Assim, não só a atuação regular do profissional retirou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, como também foi cumprido o dever de colher o consentimento informado da recorrente, nos termos do art. 34 da recente Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica), que veda ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”**

Como se pode observar, conquanto o Superior Tribunal de Justiça incline-se a tese de que os cirurgiões plásticos estéticos contraem obrigações de resultado, nesse específico ponto que toca ao dever de informação, parece concordar implicitamente com a análise acima explanada. Ou seja, o dever de informação, consectário lógico da boa-fé objetiva, pode representar tanto um óbice à constituição do caso fortuito quanto um *standard* comportamental que serve de nexo de imputação de responsabilidade em substituição ao elemento subjetivo culpa.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS ESTÉTICOS

A cirurgia plástica surgiu enquanto especialidade médica autônoma após os odiosos episódios vivenciados na Primeira Guerra Mundial. Afirma-se que, de início, o objetivo desta seara do conhecimento restringia-se a recuperação funcional do corpo dos muitos feridos nesse apocalíptico episódio da história humana. O cerne da atuação estética se dava na recuperação da aparência facial dos soldados, mitigando os deletérios efeitos físicos da sangrenta guerra (GOMES, 2010, p. 742).

Não por outro motivo, existiam concepções mais conservadoras sobre o tema, as quais detinham nítido preconceito em relação à sujeição de pessoas a procedimentos estéticos sem qualquer finalidade terapêutica. Insuflada pelo modismo e de efeitos superficiais, taxavam-se tais procedimentos de “prática duvidosa” e que, por isso, estariam fora do âmbito médico, considerando-a ilícita tanto eticamente quanto legalmente (FRANÇA, 2014, p. 415).

Com efeito, à época de seu nascedouro, mais do que duramente criticados pela intervenção cirúrgica em um corpo são, os cirurgiões plásticos sofreram ampla responsabilização por eventuais danos advindos de imperfeições em seus procedimentos estéticos. A jurisprudência francesa qualificava o simples efetuar da cirurgia desprovida de qualquer “utilidade para a saúde” como fato suficiente a, por si só, gerar responsabilização médica<sup>88</sup> (GRAEFF-MARTINS, 2010, p. 758).

Entretanto, esse antiquado modo de pensar logo cedeu espaço ao verdadeiro télos dos procedimentos cirúrgicos estéticos, qual seja ele, equilibrar eventual estado de insatisfação da psique humana. Caio Mário traz brilhante excerto no qual expõe a aceitação das técnicas de embelezamento pela sociedade moderna:

No meio-dia da vida, homens e mulheres sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. [...] Dentro de tais conceitos, é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento quotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente, a idéia de ilicitude,

<sup>88</sup> Caio Mário destaca essa primeira fase como de completa rejeição das técnicas em comentário. Ele transcreve o célebre caso que ensejou esse rígido posicionamento da jurisprudência francesa:

*“Trata-se de uma jovem senhora, bonita e gozando saúde, que submeteu a uma cirurgia com a finalidade de corrigir o excesso de volume nas pernas. [...] Realizada a operação, com retirada do tecido adiposo, não se completou a sutura dos bordos da incisão, o que levou o médico a envolver a perna operada para provocar cicatrização. Sofrendo terríveis dores, uma vez que passado o efeito da anestesia, agravaram-se estas. Após vários esforços e tentativas, sobreveio a gangrena de que resultou a amputação do membro operado. [...] A sentença foi condenatória: a par de outras considerações subjetivas, assentou que o simples fato de realizar uma operação sem qualquer utilidade para a saúde impõe a responsabilidade médica”* [sem grifo no original] (1995, p. 156).

de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer (1995, p. 156-157).

Nessa toada é o posicionamento da grande maioria da doutrina atual. Isso se deve ao fato de que resta indubitosa a feição curativa dos procedimentos cirúrgico-estéticos, mormente porque o conceito de enfermidade não se restringe ao processo patológico de decadência física, mas também abrange as moléstias mentais e as perturbações psíquicas. Aliás, é especialmente neste último sentir que a cirurgia estética intervém, isto é, de modo a mitigar ou até mesmo eliminar por completo o incômodo psíquico ou moral que determinada característica corporal representa a certas pessoas (KFOURI NETO, 2013, p. 210).

De qualquer forma, independente do estereótipo equivocado desenvolvido ao longo dos tempos, tais procedimentos sedimentaram-se por todo o mundo. Estudo divulgado pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS, em inglês), apontou o Brasil na qualidade de líder no ranking mundial em número de cirurgias plásticas no ano de 2013, quando acumulou um total de 1,49 milhão de operações, aproximadamente 13% do total mundial<sup>89</sup>.

Em paralelo a essa relevante estatística da quantidade de procedimentos estéticos realizados no País está um exponencial aumento das demandas judiciais envolvendo erro-médico, cujo crescimento atingiu a porcentagem de 200% em seis anos, sendo que a especialidade médica de cirurgias plásticas e a terceira mais envolvida em contendas judiciais por erro-médico<sup>90</sup> (BORGES, 2014, p. 2).

Ora, após esse breve esboço histórico-conceitual, bem como diante da expressividade das estatísticas mencionadas, resta inequívoco a importância de se desvelar os mais variados contornos da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético na doutrina e na jurisprudência nacionais.

---

<sup>89</sup> Em: <[http://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/2014%20ISAPS%20Results%20\(3\).pdf](http://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/2014%20ISAPS%20Results%20(3).pdf)>. Já em 2015, o País figurava em segundo lugar em número de procedimentos cirúrgicos estéticos realizados, ano no qual o mundo totalizou 1.224.300 procedimentos estéticos cirúrgicos, conforme <<http://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/2016%20ISAPS%20Results.pdf>>.

<sup>90</sup> Se a análise for apenas sobre os julgados do Superior Tribunal de Justiça, houve um aumento assustador de 1.600% no interstício temporal entre 2000 e 2014, dentre os quais 10% são de processos julgados referentes a cirurgias plásticas malsucedidas. Disponível em: <<http://anadem.org.br/decisoes-sobre-erro-medico-no-stj>>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

### 3.1 A cirurgia plástica estética – informações e características gerais

A cirurgia plástica estética é especialidade da Medicina composta de diversos procedimentos cirúrgicos ou não cirúrgicos que transformam as formas corporais humanas. Ela tem por finalidade o tratamento de “*deformidades anatômicas, congênitas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como suas consequências*”, tudo na busca do equilíbrio biopsicossocial do paciente e posterior melhora da qualidade de vida (BORGES, 2014, p. 123).

De acordo com a ISAPS, esses procedimentos estéticos dividem-se em procedimentos não cirúrgicos (toxina botulínica, *peeling* químico, enchimentos, tratamento de veias, etc.) e procedimentos cirúrgicos. Estes por sua vez, ainda são setorizados em: a) procedimentos cirúrgicos do rosto e cabeça (*lifiting* com suturas barbadas, blefaroplastia, *facelift*, implantes faciais, lipoaspiração facial, restauração capilar, otoplastia, rinoplastia, etc.); b) procedimentos cirúrgicos da mama (aumento mamário, redução de mama, *lifiting* mamário, etc.); e c) procedimentos cirúrgicos corporais (abdominoplastia, lipoaspiração, implantes de nádegas, *lifiting* de corpo, etc.)<sup>91</sup>.

No ano de 2015, os cinco procedimentos cirúrgicos mais realizados ao redor do mundo foram, em ordem decrescente, o aumento de mamas, a lipoaspiração, a blefaroplastia, a abdominoplastia e a rinoplastia. Já os não cirúrgicos foram a aplicação da toxina botulínica, de ácido hialurônico, a depilação a laser, o fotorejuvenescimento e o *peeling* químico. Além disso, o Brasil é o segundo país com o maior número de cirurgões plásticos com 5.500 (cinco mil e quinhentos) profissionais especialistas, atrás apenas do Estados Unidos da América com 6.500 (seis mil e quinhentos) profissionais da área<sup>92</sup>.

A taxa de mortalidade na maioria das cirurgias plásticas alcança o patamar de 1 (uma) pessoa a cada 57.000 (cinquenta e sete mil) procedimentos realizados – número relativamente baixo – e sua causa mais recorrente é o tromboembolismo pulmonar. Esse índice é consideravelmente elevado, todavia, nos procedimentos de lipoaspiração, no qual se passa a fração de 1 (uma) morte a cada 5.000 (cinco mil) pessoas operadas (BORGES, 2014, p. 141-142).

---

<sup>91</sup> Disponível em: <<https://www.isaps.org/pt/procedimentos/>>. Acesso em 1/11/2016.

<sup>92</sup> Disponível em: <<http://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/2016%20ISAPS%20Results.pdf>>. Acesso em 1/11/2016.

Apesar de todas essas informações, a classificação que mais se disseminou na doutrina e jurisprudência pátrias – em virtude de seu suposto interesse pragmático – divide as cirurgias plásticas em meramente estéticas ou reparadoras e será tratada mais detidamente.

### **3.1.1 A cirurgia plástica reparadora, a cirurgia plástica estética e a cirurgia plástica híbrida**

Consoante posto, a cirurgia plástica reparadora constituiu parte do delineamento histórico no qual culminaram as intervenções cirúrgicas meramente estéticas.

Ademais, o núcleo da análise superveniente cingir-se-á a responsabilidade civil advinda de eventuais danos em procedimentos cirúrgicos eminentemente estéticos, sem tratar da responsabilidade por procedimentos cirúrgicos com intuito reparatório.

Todavia, de modo a alcançar o cerne deste trabalho, impende ao menos adentrar à referida classificação, tornando claras as fronteiras de cada especialidade. Em outras palavras, imprescindível assinalar quais casos estão sujeitos ao regime de responsabilidade em estudo e quais fogem ao seu âmbito de atuação.

A princípio, existem apenas dois tipos de cirurgia plástica. A primeira, denominada de reparadora ou corretiva, cuja finalidade é a reparação de enfermidades congênitas ou adquiridas, com propósito terapêutico imediato, tais como a reconstrução de um lábio leporino ou de uma mama<sup>93</sup>. A segunda, intitulada de estética, não detém – em tese – escopo curativo, visto que não pretende reverter qualquer anomalia física, possuindo, portanto, efeitos de mero embelezamento (CALDAS NETO, 2015, p. 232).

Apesar da subdivisão acima transcrita ser a mais popular, o presente trabalho demanda certa profundidade e tecnicidade para alcançar seu objeto. Dessa forma, ainda se pode aventar que a cirurgia plástica estética se reparte em outras duas subespécies: a) a cirurgia de caráter estritamente estético; e b) a cirurgia estética lato sensu (KFOURI NETO, 2013, p. 213).

A primeira (cirurgia de caráter estritamente estético) seria aquela na qual a pessoa pretende tornar seu nariz, por exemplo, que levemente destoa de uma feição perfeccionista do belo, ainda mais agradável e formoso, considerando-se um padrão estético determinado. Isto

---

<sup>93</sup> Também são procedimentos insertos na qualidade de cirurgias plásticas reparadoras: reconstrução de orelhas, em casos de acidentes; tratamentos para sequelas de queimaduras; cirurgia de mão, em casos de traumas ou amputações; cirurgias dermatológicas, em casos de câncer de pele; e a cirurgia pós-bariátrica.

é, são aquelas cirurgias em que não se vislumbra qualquer “anomalia” de cunho estético e, por isso, expõe-se o paciente a riscos de vultosa gravidade, gerando uma obrigação de resultado ao profissional respectivo (KFOURI NETO, 2013, p. 2013).

Por sua vez, a segunda (cirurgia estética lato sensu) seria aquela que não sujeita o paciente a risco demasiado e objetiva corrigir diminutas imperfeições da natureza, as quais, apesar de singelas, originam grande mal-estar psíquico à pessoa. Ou seja, são cirurgias que visam readequar feiuras nos traços humanos que estão “*em absoluta desarmonia estética*”, sujeitando os profissionais responsáveis a uma obrigação de meios (KFOURI NETO, 2013, p. 213).

Por fim, também se pode colher da jurisprudência do STJ um terceiro gênero de cirurgia plástica com natureza híbrida, ou seja, que cumula as características da reparadora e da estética. Neste ínterim, o Tribunal Superior analisa cada parte do procedimento cirúrgico por meio do regramento atinente àquela específica intervenção. Ou seja, aquilo que é estético sujeita-se ao regime das obrigações de resultado, enquanto à parte reparadora incide a disciplina das obrigações de meios<sup>94</sup> (KFOURI NETO, 2013, p. 213-214).

Veja-se que Kfouri Neto parece organizar as cirurgias estéticas propriamente ditas de acordo com seu nível de complexidade. Isto é, se a pessoa já tem feições “adequadas” e ainda pretende melhorá-las esteticamente, o cirurgião plástico responsável sujeitar-se-á a uma obrigação de resultado. Doutro vértice, aquele cujas feições já não são esteticamente belas, contraem uma obrigação de meios perante o respectivo cirurgião, já que este deve observar apenas o dever de prudência normalmente exigido. Data máxima vênia, não parece haver – e o aludido autor não faz alusão – qualquer base jurídica que sustente tal posicionamento.

Portanto, a grande serventia de trazer essa gradação à baila seria, então, delimitar com a maior transparência possível qual a faixa de domínio deste estudo. Veja-se que, com isso, não se está consentindo com a categorização elaborada por Kfouri Neto. Pelo contrário, ratifica-se, mais uma vez, que seus dizeres possuem certa discriminação de circunstâncias fáticas sem justificativa jurídica adequada.

---

<sup>94</sup> Trata-se do julgado no REsp 1.097.955/MG, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 27/9/2011, em que se discute a responsabilidade civil advinda de cirurgia plástica em paciente portadora de hipertrofia mamária. A patologia lhe gerava sério desconforto físico e psicológico. Concluiu-se que “*Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora – a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora*” (BRASIL, 2011, p. 9).

Apesar disso, deve-se extrair do transcrito tão somente sua função didática, e, por conseguinte, ter em mente que o objeto de estudo a partir de então refere-se à responsabilidade dos profissionais que realizam cirurgias estritamente estéticas ou estéticas lato sensu, relegando as demais subespécies – cirurgia reparadora e cirurgia híbrida – a mera citação.

### **3.1.2 Responsabilidade Civil dos Cirurgiões Plásticos nas cirurgias plásticas propriamente ditas – doutrina e jurisprudência**

Conforme se depreende das passagens acima escritas, é regra entre a doutrina e a jurisprudência brasileiras associar o serviço prestado pelos cirurgiões plásticos às obrigações de meios ou de resultado e, em ato contínuo, imputá-las determinada responsabilidade a depender do enquadramento efetuado.

Deveras, é generalizado entre os escritos contemporâneos definir, antes de quaisquer outras indagações, se a cirurgia plástica estética configura obrigação de meios ou de resultado. A fim de comprovar tal assertiva, podem-se citar, apenas de modo exemplificativo, as magníficas obras de Sérgio Cavalieri Filho ou de Marco Aurélio Bezerra de Melo, as quais possuem capítulos específicos com objetivo de dirimir tal controvérsia<sup>95</sup>.

Pois bem. Tendo em vista que esse é o estado da arte atual do direito brasileiro, resta cotejar os mais diversos posicionamentos de nossos mestres e magistrados, e, após esgotá-los, caso ainda reste espaço para tanto, buscar outros expedientes que também tenham o condão de solucionar a problemática posta em debate.

#### **3.1.2.1 A obrigação de resultado e a responsabilidade objetiva**

Iniciar-se-á essa complexa trajetória pelas intelecções dos polos extremos. O primeiro a ser enaltecido, portanto, é o jurista Flávio Tartuce. Para esse jurista, o cirurgião plástico estético está ao lado de outros profissionais liberais, tais como o transportador e o dentista estéticos, todos contraentes de obrigações de resultado (2014, p. 81).

---

<sup>95</sup> Veja-se que os títulos desses capítulos bipolarizam a controvérsia, respectivamente: “*Cirurgia estética – obrigação de meio ou de resultado?*” e “*Obrigação de meio e de resultado – situação do cirurgião plástico*”.



Por bem da verdade, essa não é a cognição “extremada” do aludido autor, visto que a maioria da doutrina detém idêntica cognição, isto é, imputa obrigação de resultado ao cirurgião plástico estético. Com efeito, a “rigidez” de seu pensamento está na correlação lógica por ele realizada logo em sequência, segundo a qual *“Não está correta a afirmação de o médico cirurgião plástico responder independente de culpa. Isso somente ocorre para o médico cirurgião plástico estético”* (TARTUCE, 2014, p. 83).

Como se lê, Tartuce assume, ao menos de início<sup>96</sup>, posicionamento peculiar sobre a matéria. Extrai-se de uma primeira leitura de sua obra que os cirurgiões plásticos estéticos, por contraírem obrigações de natureza finalística, responderiam objetivamente se o resultado prometido não fosse alcançado.

Nesse mesmo sentido está alocado o entendimento de Alexandre Gir Gomes. Esse autor, todavia, talvez na tentativa de se debruçar de forma mais aprofundada sobre a discussão, apresenta fundamentos ainda mais estranhos de maneira a alicerçar sobredito ponto de vista.

Por primeiro, bom lembrar que Gomes acompanha a maioria da doutrina no que toca a natureza jurídica da obrigação assumida pelos cirurgiões plásticos estéticos. Embora admita que há certa controvérsia doutrinária sobre o tema, afirma que esses profissionais assumem obrigações de resultado em seu labor, diferentemente do que se verifica, em regra, com as outras especialidades médicas, nas quais imperam as obrigações de meios (2010, p. 745).

Depois, sem se delongar, formaliza a mesma correspondência acima explanada por Tartuce, qual seja ela, a de que a principal consequência em se estabelecer as obrigações desses médicos como sendo de resultado é a prescindibilidade da apuração de suas culpas na investigação da relação causal que culminou em um eventual erro-médico<sup>97</sup>. Isso porque, o inadimplemento de contrato, isto é, o não alcance do resultado esperado seria, por si só, motivo o bastante para a responsabilidade objetiva do cirurgião estético (GOMES, 2010, p. 747-748).

---

<sup>96</sup> Não seria fidedigno repassar essa informação sem a devida ressalva. Isso porque, em momento posterior, o mencionado autor pondera o rigor de sua taxativa afirmação nos seguintes termos: *“Como visto, de acordo com o entendimento majoritário, caso o profissional de saúde assuma uma obrigação de resultado, como no caso do médico cirurgião plástico estético, a sua responsabilidade é objetiva ou por culpa presumida, havendo certa hesitação jurisprudencial quanto às duas ideias”* (2014, p. 84).

<sup>97</sup> Maria Helena Diniz também confunde a obrigação de resultado do cirurgião plástico estético com a responsabilidade objetiva (2013, p. 334).

Entretanto, embora haja, conforme já assinalado, grande particularidade nessa forma de ponderar o instituto, o que mais surpreende o leitor de sua obra é o embasamento teórico utilizado para inferir tal conclusão:

Esclareça-se que, sendo tal responsabilidade de caráter contratual, **fica afastada a incidência do disposto no art. 14, §4º, do CDC**, que reza: ‘A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’. E não há necessidade de grandes dilações teóricas para sustentar ao afastamento desse dispositivo legal, exceção à teoria objetiva amplamente albergada no diploma consumerista, porque **referindo-se à “verificação de culpa”, condiciona-se, por óbvio, à responsabilidade adveniente das relações extracontratuais, não se aplicando às relações contratuais, como a ora em comento, uma vez que essa responsabilidade advém do próprio inadimplemento [...] independentemente da configuração da culpa aquiliana.** [sem grifo no original] (GOMES, 2010, p. 748-749)

Percebe-se que a hermenêutica dada a tal disposto acaba por aniquilar seus efeitos pragmáticos. Ora, à vista de seu ensinamento, o art. 14, §4º, do CDC não seria aplicável nem ao cirurgião plástico estético, nem a qualquer profissional liberal contraente de qualquer tipo de obrigação (de meios ou de resultado), afinal toda relação jurídica voluntariosa celebrada com profissionais liberais goza de natureza contratual<sup>98</sup>. Assim, todo e qualquer inadimplemento contratual advindo de contratos de prestação de serviços com profissionais liberais culminaria em responsabilização objetiva, circunstância da qual evidentemente não se cogita.

Mas não é só, ainda se alerta que alguns julgados e certos doutrinadores elegem a responsabilidade desse ramo médico sob a ótica da presunção de culpa, porém isso seria um eufemismo terminológico para aplicar timidamente a teoria do risco. Preconiza-se que não há diferenças entre os dois institutos (responsabilidade objetiva e culpa presumida) no caso da responsabilidade civil contratual dos cirurgiões estéticos (GOMES, 2010, p. 751-752)

Ora, parece que esse grupo doutrinário não se atentou – ou não compartilha – à diferenciação entre responsabilidade objetiva e culpa presumida, já bem delimitada neste trabalho, especificamente ao final do ponto 1.4.2.1, ao qual se remete o prezado leitor.

Contudo, a conexão entre obrigação de resultado, responsabilidade objetiva e inadimplemento contratual não perfaz adeptos apenas na doutrina. A jurisprudência brasileira

---

<sup>98</sup> Conforme ressalva Leonardo Vieira, a responsabilidade extracontratual só é aplicável aos facultativos “*quando excepcionalmente prestarem seus serviços sem o ajuste prévio de um contrato escrito ou verbal, como no caso de um esculápio que presta socorro a uma vítima de atropelamento abandonada no asfalto em estado de inconsciência*” (2008, p. 94).

também contém julgados nessa linha de raciocínio. Na qualidade de paradigma, vale trazer recente acórdão do STJ no AgRg no REsp 1.486.756/DF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA VIA ESPECIAL. DESNECESSIDADE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **CIRURGIA PLÁSTICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** PROFISSIONAL QUE DEVE AFASTAR SUA CULPA MEDIANTE PROVA DE CAUSAS DE EXCLUDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente.

3. Agravo regimental não provido. [sem grifo no original] (BRASIL, 2016).

Do teor de suas razões, o Min. Relator assim consignou:

Conforme assentado na decisão agravada, tendo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, não cabe ao paciente a demonstração da sua culpa, negligência ou imperícia pelo procedimento insatisfatório causador dos danos, mas ao médico, que deve demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização, apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente. Daí a razão da inversão do ônus probatório.

[...]

Perecebe-se, portanto, que **como na realização da cirurgia estética embelezadora o cirurgião assume obrigação de resultado, trata-se, pois, de responsabilidade contratual ou objetiva.** [sem grifo no original].

Ademais, o mesmo entendimento, apesar de minoritário, é encontrado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), mormente no julgamento da Apelação Cível n. 2011.0250322-2:

APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS.** RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. **REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA (DERMOLIPECTOMIA ABDOMINAL). SEQUELAS FÍSICAS DEIXADAS NO CORPO DA AUTORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.** ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INFORMAÇÕES PRESTADAS DE FORMA INADEQUADA. EXEGESE DO ART. 6º, III, DO CDC. NÃO COMPROVAÇÃO DAS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. MINORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA SENTENÇA. DESNECESSIDADE. VALORES ARBITRADOS EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. JUROS MORATÓRIOS. *RELAÇÃO CONTRATUAL. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO.* RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [sem grifo no original] (SANTA CATARINA, 2014).

O voto condutor do Desembargador Sebastião César Evangelista possui a mesma conexão alhures ressaltada:

Nesse caso, a responsabilidade médica decorre da relação contratual, por meio do qual o paciente procurou o médico na clínica em que trabalha, muitas vezes por já conhecer o seu trabalho e a sua competência, para que realize cirurgia de natureza estética buscando um resultado embelezador, razão pela qual rege a obrigação de resultado.

**Assim, tratando-se de obrigação de resultado, e não de meio, não só a responsabilidade da clínica prestadora do serviço é objetiva, mas também a do médico cirurgião que realizou o procedimento.** [sem grifo no original]

Embora representada por notáveis juristas e magistrados, realmente não parece haver sustentáculo teórico ou legal que solidifique suas bases, motivo por que essa concepção da problemática se mostrou minoritária durante a realização desta pesquisa. Afinal, será mesmo que a circunstância de a obrigação dos cirurgiões estéticos ser de resultado transforma sua responsabilidade em objetiva? (MELO, 2015, p. 368).

A negativa pode ser adiantada desde já. Como será bem aprofundado nas próximas passagens, a qualificação da obrigação como de resultado não é suficiente para determinar como regra infalível que a responsabilidade correlata se tornará objetiva. Aliás, o cotejo entre a atividade médica em geral e aquela desempenhada pelo cirurgião plástico estético é campo fértil para desvelar o imbróglio que envolve tal tema<sup>99</sup> (RENTERIA, 2011, p. 101).

### 3.1.2.2 A obrigação de meios e a responsabilidade subjetiva

No caminho de se formular uma explicação razoável à inquirição sobredita, necessário esclarecer, primeiro, o entendimento diametralmente oposto ao anteriormente explanado.

Certa parcela doutrinária<sup>100</sup> sustenta que a natureza jurídica da obrigação assumida pelos cirurgiões plásticos estéticos é de meios e não de resultado. Isso porque as

<sup>99</sup> “[...] a qualificação da obrigação como sendo de resultado não é decisiva para a determinação do regime de responsabilidade aplicável à espécie. Os exemplos do médico e do cirurgião plástico, em particular, demonstram que não é suficiente, ao propósito, qualificar a obrigação como sendo de resultado ou de meios, revelando-se prioritário atender, caso exista, à específica regulamentação da atividade desenvolvida pelo devedor” (RENTERIA, 2011, p. 101).

<sup>100</sup> Gustavo Borges, Joana Graeff-Martins, Ruy Rosado de Aguiar Jr, Leonardo Vieira Santos, Fábio Ulhoa Coelho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Carlos Alberto Menezes Direito, entre outros.

“iatrogenias” advindas desses procedimentos cirúrgicos podem ter origem em fatores individuais próprios dos pacientes, imiscuindo álea na relação jurídica estabelecida entre o facultativo e o paciente. Veja-se com mais vagar a cognição por eles desenvolvida.

Em primeiro, por “iatrogenia” deve ser entendida a alteração patológica experimentada pelo paciente por tratamento médico de qualquer tipo; em síntese, o vocábulo pretende simbolizar qualquer dano suportado pelo paciente devido à uma intervenção médica (ou por sua não intervenção), de caráter rotineiro ou especializado (STOCO, 2010, p.646-648).

Vale deixar claro, entretanto, que essa denominação não detém qualquer qualificação intrínseca, isto é, nem representa um fazer ilícito nem um não agir quando lhe era imperativo agir. Outrossim, referida locução também não está imbuída de nenhuma carga de aprovação ou de reprovabilidade. É apenas e tão somente, a consecução danosa advinda de uma atuação médica, seja ela previsível (cirurgia mutiladora), inesperada (relação alérgica à medicação) ou decorrente de falha no exercício da profissão (erro-médico)<sup>101</sup> (STOCO, 2010, p. 648-649).

O ponto de maior magnitude para este estudo, consoante acima já adiantado, são as iatrogenias decorrentes de fatores individuais e próprios dos pacientes. Deveras, certos pacientes possuem maior sensibilidade e reação a alguns procedimentos ou medicamentos, bem como podem apresentar peculiaridades em seu organismo ou em seu psiquismo que afetam a plena recuperação. Ainda que tudo isso seja previsível, não haverá qualquer relação etiológica entre a atuação médica, desde que em conformidade com a melhor técnica e com o estado da ciência, e o eventual dano proveniente de tais fatores (STOCO, 2010, p. 650-651).

Ora, essa constatação é de suma importância na medida em que enaltece um novo elemento que pode influir no resultado das cirurgias plásticas; isto é, frustração de tal modalidade cirúrgica pode advir de características inerentes ao próprio paciente como, por exemplo, a manifestação de queloides epidérmicos, os quais não são outra coisa senão uma espécie de iatrogenia (GRAEFF-MARTINS, 2010, p. 764).

Em outras palavras, toda a intervenção cirúrgica no corpo humano é aleatória, seja ela estética, profilática ou terapêutica, haja vista estar intimamente conectada a características humanas que são completamente imprevisíveis e imponderáveis (rejeição de próteses,

---

<sup>101</sup> Não é o conceito unívoco de iatrogenia, mas o que será utilizado neste trabalho. Gustavo Borges, por exemplo, conceitua iatrogenia apenas como aquela lesão “*causada pelo agir correto do médico, em observâncias das normas e dos princípios da ciência médica*” (BORGES, 2014, p. 290).

comportamento da pele humana, psique, reação metabólica). Por mais que o profissional aja com esmero e sutileza técnica, o completo sucesso do procedimento pode ser obstado pela superveniência de circunstâncias que o facultativo não poderia antecipar nem evitar (AGUIAR JR., 2010, p. 518-519).

Coelho subscreve esse entendimento. Para ele, o recrudescimento no trato da responsabilidade civil desses profissionais ainda é resquício do preconceito que rodeou, desde seu surgimento, a cirurgia estética sem fins terapêuticos, conforme já relatado no início deste terceiro capítulo (2012, p. 280).

A todo modo, a natureza da obrigação desses profissionais deveria circunscrever-se a presença ou não das mesmas razões que impedem os demais médicos de outras especialidades a firmarem ajustes de natureza finalística, isso porque em todas as intervenções cirúrgicas há certa margem de álea e vige parcela do imponderável.

A ciência médica, conquanto estabeleça prognósticos gerais extremamente fidedignos para a realização desses procedimentos, ainda não está apta – e talvez nunca estará – a controlá-los de maneira absoluta. Em determinados casos que, inclusive, compõe margem estatística própria, ocorrerão iatrogenias que escapam ao controle da medicina. Cada organismo responde de forma diversa à agressividade de uma cirurgia. No mais, o estado psíquico do paciente também influi de forma decisiva no resultado bem-sucedido da plástica. Em suma, essas cirurgias submetem o paciente a perigos como qualquer outro procedimento médico de igual teor invasivo (COELHO, 2012, p. 280).

Outra contribuição de destaque a essa vertente jurídica é o caráter imprevisível da pele humana<sup>102</sup>, cujas reações pós-cirúrgicas ainda não são totalmente dominadas pela medicina, mais um fator randômico que trabalha em defesa da referida tese (SANTOS, 2008, p. 152).

A partir de todo esse espeque argumentativo, poder-se-ia questionar de que forma alguém poderia se comprometer à promoção plena de determinada obrigação, tendo em vista que, em geral, esse pacto está além de seu horizonte de atuação em virtude dos perigos

---

<sup>102</sup> Nesse sentido o julgado de Lavra da Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.180.815 que, embora tenha conferido o status finalístico às obrigações assumidas pelos cirurgiões estéticos, eximiu o profissional do caso em específico de responsabilidade devido ao fato de que a formação de quelóide na vítima “*decorreu de característica pessoal da recorrente, e não da má-atuação do recorrido*” (BRASIL, 2010, p. 7).

inerentes ao despotismo que reina em cada organismo<sup>103</sup> (GRAEFF-MARTINS, 2010, p. 767).

Mas não é só. Da jurisprudência nacional colhem-se vozes que se perfilham ao posicionamento alhures esposado. Digno de nota é o voto vencido lavrado pelo então ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do REsp 81.101/PR, cujo teor desconstrói a mística que envolve a obrigação assumida pelos cirurgiões plásticos estéticos.

O douto jurista rebate os dois principais argumentos daqueles que imputam natureza finalística à cirurgia estética, quais sejam, o compromisso de obter resultado determinado e a ausência de patologia a ser enfrentada.

Abrindo a divergência naquele acórdão, Direito enfatizou que nem todos aqueles que se submetem a um procedimento cirúrgico puramente estético não apresentam qualquer patologia. O então Ministro exemplifica o caso em que um paciente procura um profissional dessa área médica para reestruturar uma imperfeição que lhe acomete o apêndice nasal, culminando por lhe causar violento transtorno de personalidade diante do aspecto disforme de sua fisionomia. Nessa hipótese, haveria caráter curativo no procedimento, mormente em seu aspecto psíquico<sup>104</sup> (BRASIL, 1999, p. 8).

Nesse sentido, apenas para corroborar a afirmação feita pelo então ministro, bom ressaltar que em algumas modalidades de cirurgia plástica estética (abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia), constata-se que quase 60% dos pacientes possuem elevados sintomas de transtorno disfórmico corporal (TDC), diagnóstico psiquiátrico altamente prejudicial à recuperação pós-operatória – em razão do rigor subjetivista na apreciação dos resultados cirúrgicos –, o que comprova um estado minimamente patológico desses pacientes (BORGES, 2014, p. 176).

Quanto ao argumento restante, por outro lado, Direito afirma que não é possível estabelecer um resultado uniforme em todos os pacientes, porque, para tanto, depende-se de vários fatores incontrolláveis e, até mesmo, do comportamento do paciente. Em verdade, o que se contrata nestes procedimentos estéticos é a realização do ato cirúrgico com a melhor

---

<sup>103</sup> Nas palavras de Konder Comparato, em algumas circunstâncias, o resultado final do vínculo jurídico contraído dependerá de fatores estranhos à vontade do devedor. Nesses casos, “a prestação então compreenderá tão-só um comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção do resultado” (2010, p. 344).

<sup>104</sup> No início desse capítulo já se havia pontuado o entendimento de Kfoury Neto no mesmo sentido. Não bastasse, em adendo, “o Conselho Federal de Medicina e a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica consideram a cirurgia estética como intervenção cirúrgica da mesma natureza da cirurgia reparadora. Reconhecem que a cirurgia estética sempre tem uma causa e um fim geralmente terapêuticos e legítimos, que visam a melhorar a qualidade de vida do paciente. Vão além, defendendo que a responsabilidade do cirurgião estético restringe-se à adequada utilização da técnica cirúrgica” (GRAEFF-MARTINS, 2010, p. 758).

técnica, desde que precedida da completa informação sobre as possíveis consequências da incisão cirúrgica – comuns ou raras – de forma a conceder ao paciente subsídios suficientes a uma decisão consciente acerca de sua submissão a tais riscos (BRASIL, 1999, p. 9).

No mais, veja-se que é corolário dessa transmutação da obrigação de resultado em obrigação de meios a modificação da responsabilidade atribuída aos profissionais em comento. A partir dessa premissa, agora a eles também se estende aquela responsabilidade imputada aos demais profissionais da medicina: a responsabilidade civil fundada na culpa.

Nem por isso, entretanto, tal corrente doutrinária propaga a impunidade dos cirurgões estéticos. Pelo contrário, apenas o núcleo da investigação que se concentra em outro importante dever desses profissionais. Passa-se da consecução de resultado determinado ao dever de informação perene. Nas palavras de Graeff-Martins:

Essas hipóteses, nas quais as manifestações adversas são imprevistas e imprevisíveis, não se pode imputar responsabilidade ao profissional pelo insucesso cirúrgico, **exigindo-se, todavia, que alerte previamente o paciente da possibilidade dessas indesejáveis ocorrências.** [sem grifo no original] (2010, p.765)

Consoante preceitua o sobredito autor, os procedimentos cirúrgico-estéticos devem ser precedidos do cotejo entre os riscos assumidos e os benefícios almejados. Mais do que isso, essa ponderação necessariamente será repassada ao paciente, exaurindo todo o elenco de possíveis iatrogenias existentes a fim de que sua opção pela realização da cirurgia se dê conscientemente (2010, p. 773).

O tema já foi aprofundado em passagem anterior deste trabalho, motivo pelo qual se remete ao leitor àquele ponto (2.3) de modo a se evitar a tautologia. A reiteração nesse momento deve-se apenas ao fato de a corrente teórica em análise se utilizar do dever de informação enquanto fundamento de sua tese, abdicando do dogma do resultado certo, até então semeado indiscriminadamente pela maior parte da doutrina e da jurisprudência.



### 3.1.2.3 A obrigação de resultado e a responsabilidade subjetiva

Uma última corrente, a qual se mostrou majoritária<sup>105</sup> tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, embora atribua às obrigações contraídas pelos cirurgiões plásticos estéticos natureza de resultado, entende que permanece subjetiva sua responsabilidade por eventuais erros-médicos perpetrados.

Partícipe desse grupo está Cavalieri Filho, autor que, logo de início, defende enquadrar as obrigações assumidas pelos cirurgiões estéticos na qualidade de obrigações de resultado, porquanto, no seu sentir, não há dúvida de que tais profissionais se comprometem a propiciar ao paciente um resultado específico<sup>106</sup> (2012, p. 416).

Em complemento, afirma-se que não se poderia fechar os olhos ao óbvio, conclusão que advém das regras empíricas: ninguém se submete aos perigos de uma cirurgia incisiva, nem deliberam por empenhar vultuosos gastos financeiros para permanecer com a mesma aparência ou outra ainda pior<sup>107</sup> (CAVALIERI, 2012, p. 417).

Entretanto, o aludido jurista, atento como sempre às implicações jurídicas subsidiárias de suas constatações, questiona de que modo se justificaria a obrigação médica ser de resultado e a responsabilidade respectiva permanecer subjetiva? Por corolário, uma construção doutrinária não poderia sobrepor-se à prerrogativa legal concedida aos profissionais liberais pelo art. 14, §4º, do CDC.

A solução adotada – e da qual compartilha essa grande parcela doutrinária – é que a obrigação de resultado, em alguns casos, somente inverte o ônus probatório quanto ao elemento volitivo da conduta humana (culpa); em outras palavras, a responsabilidade continua sendo subjetiva, porém ao cirurgião cabe ilidir a presunção de culpa que sobre ele recai (CAVALIERI, 2012, p. 417).

---

<sup>105</sup> Entre os adeptos dessa teoria estão: Sérgio Cavalieri Filho, Silvio Rodrigues, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Orlando Gomes, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Rpzame da Rosa Cachapuz, Mayna Marchiori de Moraes, Joaquim Caldas Neto, Clayton Reis, Horácio Monteschio, Miguel Kfoury Neto.

<sup>106</sup> Não fugiu à percepção que Cavalieri Filho, em adendo, acrescenta o dever de informação ao paciente dos eventuais riscos a que será submetido enquanto fator importantíssimo à imputação de responsabilidade. Para ele “*Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertidos dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica*” (2012, p. 416).

<sup>107</sup> Esse argumento parece ter fonte em Teresa Ancona Lopes. A grande jurista já afirmava que se alguém está em plena saúde e procura um médico para lhe melhorar algum aspecto cuja aparência lhe seja desagradável, esta pessoa “*quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico*” (GONÇALVES, 2012, p. 245).

Nessa mesma toada estão as lições de Kfouri Neto. O autor, cuja formação é polivalente (medicina e direito), enfatiza que a obrigação de resultado faz presumir a culpa do médico pela simples não consecução do resultado esperado. Por outro lado, introduz relevante ressalva em complemento, qual seja, a de que “*Tal presunção, todavia, não acarreta a transformação da natureza da responsabilidade do médico, que continua a ser subjetiva*” (2013, p. 215).

Pois bem, diante dessa correlação lógica feita entre a obrigação de resultado dos cirurgiões plásticos e sua responsabilidade subjetiva com culpa presumida é dada a hora de aprofundar a questão.

As presunções são utilizadas naqueles casos complexos, nos quais há dificuldade ou mesmo impossibilidade de fazer a prova direta de determinado fato. Todas as presunções permitem inferir fatos desconhecidos a partir de outros conhecidos e subdividem-se em presunções naturais ou presunções legais (NORONHA, 2010, p. 502).

Estas últimas, como se extrai de sua denominação, são aquelas conjecturas extraídas da própria lei e, portanto, não teriam importância ao tema aqui esboçado, haja vista não existir norma que pressuponha a culpa presumida dos profissionais liberais que contraem obrigação de resultado.

Doutro modo, as presunções naturais são aquelas cuja base legal é extraída do art. 375 do Código de Processo Civil, o qual alerta a necessidade de o magistrado observar “*as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*”. Como se vê, esse brocado normativo determina que se proceda à ilação de fatos não provados por meio de outros já provados ou ao menos prováveis (NORONHA, 2013, p. 503).

Em outros termos, a presunção judicial é o resultado de um raciocínio indutivo no qual se procede ao seguinte silogismo: existe uma premissa maior, que é uma determinada regra da experiência, e uma a premissa menor que é um determinado indício de prova. Nesse sentido, “*é a relação verificável pelas regras da experiência entre o indício (fato conhecido) e o fato probando (fato desconhecido) que autoriza presunção judicial*” (DIDIER, 2015, p. 71).

É o que parece ser feito pela doutrina e pela jurisprudência quanto às obrigações de resultado firmadas por profissionais liberais, mais especificamente os cirurgiões plásticos estéticos. Se há promessa de resultado certo e esse não se verifica, o dano é inequívoco. A verificação da culpa na conduta do cirurgião – e também do nexos, em alguns casos –, todavia,

é extremamente complexa e, por conseguinte, pode-se presumi-la pelo que “ordinariamente acontece”.

Em duas passagens, Leonardo Vieira Santos assim se posiciona sobre o tema:

O que pode levar a uma conclusão precipitada a respeito da responsabilidade profissional é a circunstância do ônus da prova concernente à culpa só se inverter nos casos em que se tratar de obrigações de resultado, conforme demonstrado acima. [...]

Fixou-se acima a certeza de que a inversão do ônus da prova da culpa somente se materializada em sede de responsabilidade contratual subjetiva<sup>108</sup> e quando se tratar de obrigação de resultado, que se opõe à ideia de obrigação de meio (2008, p. 94 e 96).

Deveras, essa percepção teórica de parcela da doutrina não é outra coisa senão decorrência de interpretação autônoma da proposição formulada por Demogue (vide o ponto 1.4.3). Uma vez que o resultado específico é compreendido na qualidade de elemento da prestação – ou seja, uma vez que o objeto da prestação obrigacional cinge-se a atingir resultado determinado –, seria de responsabilidade do devedor (nesse caso o cirurgião) demonstrar a ausência de culpa ao não alcançá-lo (COMPARATO, 2010, p. 340-341).

Nesse ponto, finalmente, parece que se atinge aquilo que é o elemento de central importância dessa discussão. O grande télos da obrigação de resultado é transformar, a partir do insucesso da operação e, portanto, do dano a ela subsequente, a culpa do cirurgião plástico em presumida e, com isso, inverter automaticamente o ônus da prova em seu detrimento (MELO, 2015, p. 368).

Por inverter o ônus da prova automaticamente, pretende-se expressar, em verdade, a desnecessidade de se respeitar aos pressupostos do instituto estatuído pelo artigo 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90, quais sejam eles, a verossimilhança das alegações da vítima ou sua hipossuficiência em relação ao profissional liberal. Com efeito, essa representa ser, em tese, a principal vantagem de atribuir obrigação de resultado aos cirurgiões plásticos estéticos (MELO, 2015, p. 368).

O entendimento até então delineado é aquele que prevalece perante a Corte Superior do País. Dentre os vários julgados que reverberam esse posicionamento, destaca-se o REsp 985.888/SP, cujo acórdão foi conduzido pela relatoria do Min. Luis Felipe Salomão e que possui a ementa vazada nos seguintes termos:

---

<sup>108</sup> A percepção de Leonardo Vieira Santos, nesse ponto, vai de encontro ao explanado por Comparato. Para este jurista, tanto nas obrigações contratuais quanto nas delituais seria aplicável o binômio meios-resultado. Essa ressalva foi feita no início do trabalho.

**DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.**

[...]

2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

3. No caso, o Tribunal *a quo* concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial.

4. Recurso especial não conhecido [com grifo no original] (BRASIL, 2012).

Esse julgado inspirou o informativo de jurisprudência n. 0481 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor constituiu alguns pressupostos que regem a responsabilidade civil do cirurgião plástico estético: a) eles contraem obrigação de resultado, comprometendo-se com o efeito embelezador; b) mesmo assim, a responsabilidade desse profissional permanece subjetiva; e c) contudo, inverte-se o ônus da prova em seu detrimento, incumbindo-lhe provar que o dano suportado pelo paciente é decorrente de fatores externos e alheios a sua conduta<sup>109</sup>.

É importante ressaltar que, embora o julgado defenda a permanência da responsabilidade civil subjetiva nestes casos, ao elencar quais fatores poderiam eximir o profissional de reparar eventual dano ocasionado, enumeram-se apenas circunstâncias que também são excludentes do nexo etiológico e, portanto, ilidiriam a responsabilidade dos cirurgiões estéticos ainda que respondessem objetivamente.

A sobredita linha de inteligência, inclusive com a mesma impropriedade técnica, pode ser extraída de vários outros julgados da Corte Superior, destacando-se os seguintes: REsp 1.395.254/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 29/11/2013, REsp 1.269.832/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 13/9/2011, REsp 236.708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe de 18/5/2009<sup>110</sup>.

Esta é a última das correntes doutrinárias que se utiliza do confronto entre obrigações de meios e de resultado com o propósito de alicerçar as bases da responsabilidade

<sup>109</sup> A literal expressão utilizada pelo acórdão é que “*apenas fatores e reações estranhas à cirurgia [...] consubstancia causa eficiente e autônoma que, por si só, seria capaz de romper o nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica*”.

<sup>110</sup> Priorizaram-se aquelas lides que não esbarram por completo nos óbices de admissibilidade dos recursos excepcionais e, portanto, tiveram o mérito da contenda analisada.

civil dos cirurgiões plásticos estéticos. No próximo subcapítulo tratar-se-á da tentativa de superação desse “dogma”, abstraindo-se da análise a dicotomia até aqui multimencionada.

### **3.2 A superação da dicotomia meios *versus* resultado**

Analizada a principal discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza da obrigação contraída pelos cirurgiões plásticos, cabe questionar a serventia teórica de inserção de tais procedimentos ou entre as obrigações de resultado ou entre as obrigações de meios.

A entrada do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro trouxe, em grande medida, uma “superação” ou ao menos uma relevante mitigação da velha dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, porquanto derregou a mais importante contribuição daquela classificação – que é a problemática do ônus probatório relativo à culpa – ao estabelecer enquanto norte normativo a responsabilidade civil objetiva (SANTOS, 2009, p. 95).

Mesmo naquelas poucas exceções em que restou mantida a necessidade de comprovação do elemento subjetivo da conduta humana, como é o caso da responsabilidade civil dos profissionais liberais, tal codificação estatuiu a possibilidade de o magistrado inverter o ônus da prova, desde que presentes um dos requisitos do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 (verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência), o que será aprofundando no próximo subcapítulo (TEPEDINO, 2006, p. 87).

Nessa mesma toada, consoante demonstrado no item 1.4.3, impende ressaltar que a classificação das obrigações de meios ou de resultado, a princípio, tanto seriam aplicáveis à responsabilidade contratual quanto à delitual, ao menos na perspectiva adotada por Comparato. Contudo, também é chegado o momento de se repensar a aplicação desta teoria, mormente no campo consumerista em que as balizas do ônus probatório são diferenciadas em prol do consumidor.

Por primeiro, consoante acima extraído da diversidade de teorias que enquadram o procedimento cirúrgico-estético em uma ou outra natureza obrigacional, deve-se atentar para o fato de que tal distinção não é ontológica ou categórica, isto é, ela não é da natureza intrínseca desse sinalagma, mas sim característica a ele emprestada pelo intérprete jurídico. Veja-se que toda prestação a cargo do devedor tem como propósito a satisfação de um

interesse do credor, ou seja, toda prestação objetiva alcançar um determinado resultado, seja ele imediato ou mediato, consequente ou remoto. Essa qualificação (meios ou resultado), entretanto, vem sendo outorgada pelos juristas de acordo com a magnitude da álea imbuída na prestação do devedor, sem quaisquer critérios legais que a sustentem (ITURRASPE; PIEDECASAS, 2004, p. 359).

Ora, não apenas nas cirurgias estéticas, mas em qualquer outra seara médica cuja referida discussão encontre campo fértil, configura-se de difícil pormenorização os critérios objetivos e normativos que podem atestar determinada obrigação médica em uma ou outra modalidade. De fato, não deixa de ser arbitrária a qualificação da cirurgia estética em qualquer uma das possíveis escolhas (meios ou resultado), já que não parece existir, de modo normativamente aferível, circunstâncias que ontologicamente a especifique enquanto tal ou qual (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 771).

Justamente por isso, data máxima vênia, não parece adequada a conclusão que Pablo Renteria chegou sobre a matéria. Para ele, referida distinção ainda permanece útil *“para a qualificação da relação obrigacional e para apreciar, no caso concreto, se houve adimplemento ou inadimplemento”* (2011, p. 122).

Perceba-se que é especificamente essa propalada “qualificação” da relação jurídica que exerce traços de grande subjetivismo. Em outras palavras é essa adjetivação da obrigação que representa o fator normativamente não aferível alhures citado e que pode ser arbitrariamente estendida a determinada relação jurídica, como foi feito em relação à cirurgia plástica estética.

Aliás, não há de se dizer que a utilidade de tal diferenciação está no fato de que determinados cirurgiões prometerem resultado certo, transmutando sua obrigação de meios em de resultado. O ordenamento jurídico também possui solução para esses casos independentemente da utilização dessa teoria bipartite. Além dos dispositivos referentes à propaganda enganosa (art. 37 do CDC), o microssistema consumerista possui positivada toda uma seção com regras extremamente rígidas quanta à vinculação das ofertas feitas por fornecedores (principalmente os arts. 31 e 35 do CDC). No caso específico, o paciente poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, isto é, nos termos da promessa realizada pelo facultativo, seja qual for a natureza da obrigação de fundo (BORGES, 2014, p. 175).

Não fosse o bastante, de notar que é tendência atual do direito temperar a distinção entre obrigações de meios e de resultado. Isso porque o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao âmbito jusprivado, aglutina credor e devedor em propósito unívoco, qual seja, satisfazer (e facilitar a satisfação) da obrigação pactuada. Por conseguinte, mesmo nas obrigações de meios, não pode ser o devedor alheio ao resultado esperado pelo credor, impondo-se sua máxima diligência para obtê-lo. Em igual sentido, a simples frustração da finalidade pretendida nas denominadas obrigações de resultado, não deve culminar, por si só, na responsabilização do devedor, sem sequer analisar o esforço por ele depreendido ou fatores supervenientes que impedem a perfectibilização de sua conduta (TEPEDINO, 2006, fl. 89).

Deveras, na avaliação do (in)adimplemento de determinada obrigação – seja qual for sua natureza – deve-se levar em conta os legítimos interesses do credor, recrudescendo os deveres de ambas as partes, mormente aqueles de diligência e cuidado, bem como os de informação e esclarecimento, e mitigando a divisão estanque entre obrigações de meios e de resultado (MIRAGEM, 2010, p. 687).

Aliás, esse aparente conflito semeado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, induz a uma percepção jurídica de responsabilidade civil em que há a prévia condenação dos procedimentos médicos cuja prestação pretendida é classificada como de resultado – é o caso das cirurgias estéticas –, o que culmina, *a contrario sensu*, em benefício interpretativo às demais especialidades. Em outras palavras, a excepcional presunção de culpa do cirurgião estético advém de um esforço hermenêutico sem respaldo legal, enquanto a realidade normativa em que estão situados todos os profissionais da medicina impõe, ao menos como regra, a inversão do ônus probatório em seu detrimento. Em síntese, é sob profissional da medicina que deve recair o ônus de ilidir o elemento subjetivo culpa, independentemente da seara de domínio, por ser a regra imposta pelo Código de Defesa do Consumidor (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 773).

Pensar de forma diversa é o retorno ao dogma de que não há responsabilidade sem a comprovação da culpa do possível devedor, ideal que não se coaduna com o Códex Consumerista. Além disso, tal construção teórica proporciona elementos para que se exagere na importância da álea em determinados procedimentos médicos de simples realização, o que favorece a defesa da prática médica negligente, já que é genericamente tratada na qualidade de obrigação de meios (ITURRASPE; PIEDECASAS, 2004, p. 359-360).

Nesse sentido, cabe transcrever a bela passagem de Lôbo que bem explicita a cognição até aqui desenvolvida:

É irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meio ou de resultado. Pretendeu-se que, na obrigação de meio, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional<sup>111</sup> (LÔBO, 2010, p. 397).

Por verdade, é sabido que qualquer profissional liberal (e os médicos não escapam deste regramento legal) tem sua atividade regulada juridicamente pelo disposto no art. 14, §4º, do CDC, cujo texto determina apenas que a responsabilidade pessoal desses indivíduos será *“apurada mediante a verificação de culpa”*.

Como se vê, tal norma não distingue, nem mesmo possui balizas para distinguir, quais sinalagmas são inerentes das obrigações de meios e quais o são das obrigações de resultado. Outrossim, tampouco se explicita que sua extensão restringe-se somente à responsabilidade aquiliana, não sendo aplicável as obrigações de fundo contratual. Conforme já assinalado, mas agora reafirmado a partir da integral dicção da regra aplicável, a renomada discriminação entre contraentes de obrigações de meios e contraentes de obrigações de resultado não detém respaldo legal, mormente no que tange aos cirurgiões plásticos estéticos. Pelo contrário, apenas se repete o mantra teórico desenvolvido pela doutrina e jurisprudência anterior a promulgação do CDC, criando grave disparidade de tratamento quando a própria lei não o fez (DIREITO, 1997, p. 14).

Não se quer com tal formulação agravar a responsabilidade civil dos demais médicos ou abrandar aquela comumente imputada ao cirurgião plástico estético. Não é esse propósito da norma. Trata-se de – independentemente da especificidade médica – assumir postura mais benéfica ao paciente, cuja hipossuficiência técnica em relação ao médico é a regra nas relações jurídicas entre ambos celebradas em virtude de seu parco conhecimento científico, principalmente acerca dos riscos a que está se submetendo. Mais do que isso, afora aqueles casos evidentes, cujo erro-médico é notório – esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente, por exemplo –, reveste-se de grande complexidade a prova da conduta negligente ou imprudente do médico. Não por outro motivo, como este possui o melhor instrumental para se eximir de eventual responsabilidade, nada mais justo do que lhe atribuir tal ônus<sup>112</sup> (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 773).

---

<sup>111</sup> Não escapou à compreensão o fato de que Lôbo pretende universalizar a presunção de culpa dos profissionais liberais, ainda que ausentes os requisitos da inversão do ônus probatório. Entretanto, apesar desse entendimento mais contundente, o trecho supratranscrito é de importante lucidez na desvinculação da dicotomia meios-resultado no âmbito consumerista.

<sup>112</sup> No mesmo sentido Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2010, p. 517).



Perceba-se que, com isso, não se pretende transferir aos médicos a produção da prova diabólica e irrefutável, mas apenas que sua conduta foi correta, isto é, dentro dos padrões exarados pela mais atualizada ciência médica. Além de ser prova de fácil produção para o facultativo, a atribuição de tal encargo ao profissional – ao invés de ao paciente – contribui para a melhoria dos serviços prestados à sociedade, já que o pálio sancionatório se intensificará sobre suas atuações indistintamente (ZULIANI, 2010, p. 405).

A partir de tal panorama impende salientar qual a influência pragmática de todo esse imbróglio teórico no que diz respeito ao ônus probatório.

### 3.3 O problema do ônus probatório

A problemática acima esmiuçada não parece encontrar fácil solução. Ademais, tal imprecisão teórica encerra graves consequências pragmáticas no que toca ao ônus probatório da culpa médica e dos demais pressupostos de responsabilidade, modificando-os a depender da posição adotada pelo intérprete jurídico.

Com efeito, a concepção clássica, que vêm sendo reproduzida doutrinária e jurisprudencialmente ao longo dos tempos, serviu-se da classificação entre obrigações de meios e de resultado para estruturar a quem compele a prova de cada pressuposto da responsabilidade civil médica<sup>113</sup>.

Nesse sentir, quando o paciente contratasse uma “obrigação de resultado”, ao advento de eventual erro-médico, seria suficiente ao lesado comprovar o ajuste entabulado, a não consecução do resultado esperado e o dano respectivo, ao passo que ao médico seria necessário demonstrar algum fator que lhe eximisse de a sua conduta representar o nexo de causalidade em face daquele dano. Ou seja, a culpa do profissional restaria presumida em razão do não alcance do resultado almejado (AGUIAR JR., 2010, p. 510).

Por outro lado, naquelas obrigações denominadas “de meios”, o paciente deveria comprovar, além do dano e da obrigação pactuada, a conduta culposa do médico, isto é,

---

<sup>113</sup> Nesse momento, importante pontuar que não se desconhecem situações nas quais as normas jurídicas atribuem diretamente a uma das partes o ônus de provar determinado fato – vide, por exemplo, art. 14, §3º, do CDC. Entretanto, no caso não existe norma jurídica que atribua ao cirurgião estético o ônus de dirimir sua culpa. Por bem da verdade, não se pode confundir regras de direito material que invertem o ônus probatório e regras processuais que autorizam a inversão de tal ônus pelo magistrado, desde que presentes certos pressupostos exigidos por lei (DIDIER JR. 2015, p. 123). Neste último caso estão inseridos os profissionais liberais em geral, inclusive o cirurgião plástico estético.

atestar a imprudência, negligência ou imperícia, na prática médica que lhe gerou eventual dano; minúcias que já foram aprofundadas anteriormente (AGUIAR JR., 2010, p. 510).

De notar que até o advento do Código de Defesa do Consumidor, momento em que vigia um sistema estático de distribuição do ônus probatório (art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973<sup>114</sup>), o amparo nesse artifício teórico para facilitar a reparação dos danos causados aos pacientes era de inteligência louvável, apesar da fragilidade de seus fundamentos.

Com efeito, enquanto regra de julgamento – ou seja, de utilização residual aos casos em que o material probatório trazido durante a instrução processual não corrobora acima de qualquer dúvida razoável o substrato fático sobre o qual se desenvolve a lide –, a distribuição do ônus probatório no modelo estático impunha, em muitas situações, o encargo de produção de provas “diabólicas” aos pacientes que buscavam indenização pelos danos causados em virtude de cirurgias malsucedidas<sup>115</sup> (CÂMARA, 2012, p. 396-397).

No caso do direito médico, principalmente no que toca à comprovação da culpa do profissional, são praticamente intransponíveis os obstáculos que conduzem a sua completa aferição pela vítima do dano. Entre eles, ressalta-se que: a) os fatos ocorrem em recintos privativos; b) o paciente é leigo quanto às especificidades técnicas a que está se submetendo; e c) a perícia, imprescindível à resolução da controvérsia, é efetuada por colega de profissão, muitas vezes sem a imparcialidade necessária ao exame da matéria (AGUIAR JR., 2010, p. 516).

Ora, ao se dogmatizar a assunção da obrigação do cirurgião estético enquanto compelido a atingir resultado determinado – sem o qual a obrigação restaria descumprida – elimina-se a absoluta impossibilidade pragmática de provar sua culpa, já a presumindo desde o início da contenda (HIRONAKA, 2004, p. 19).

A insistência na utilização dessa classificação após a promulgação do referido diploma consumerista<sup>116</sup>, por outro lado, leva à deturpação do sistema probatório no qual os

---

<sup>114</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>115</sup> Aguiar Júnior, após elucidar que ecoam vozes na Argentina pela utilização da teórica dinâmica do ônus probatório, assevera que, no Brasil, “*prevalece a orientação de que incumbe ao autor o ônus de provar a culpa do profissional médico, nas relações contratuais e delituais de natureza privada. Às vezes, até, com rigor exagerado*” (2010, p. 517).

<sup>116</sup> Por primeiro, inegável que os cirurgiões plásticos estéticos firmam contratos de prestação de serviço médico com seus pacientes – ainda que desprovidos de quaisquer formalidades –, submetendo-se, a partir de então, a disciplina jurídica do Código de Defesa do Consumidor<sup>116</sup> (BENACCHIO, 2009, p. 338). Isso se deve ao fato de

profissionais liberais estão inseridos e que possui regramento suficiente para desvelar a questão. Isso porque, ao estarem insertos no microssistema de defesa consumerista, tais profissionais sujeitam-se à distribuição dinâmica dos ônus probatórios<sup>117</sup>, consoante dispõe o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A inversão do ônus probatório, nos termos do artigo sobredito, perfaz importante instrumento para facilitação da defesa dos direitos do consumidor que tem lugar quando o magistrado considerar verossímeis suas alegações ou quando for constatada sua hipossuficiência – para a maior parte da doutrina são requisitos alternativos.

Nesse ponto, insta salientar, de início, que há autores que sustentam a inversão obrigatória do ônus probatório da culpa nas lides ajuizadas em desfavor dos profissionais liberais. Segundo esse entendimento, compete ao consumidor demonstrar apenas a relação jurídica de consumo entre ambos e a existência de defeitos na execução do serviço prestado, sendo suficiente a verossimilhança das alegações (LOBO, 2010, 397-398).

Em sentido diametralmente oposto existem cognições mais arraigadas ao dogma da nenhuma responsabilidade sem comprovação de culpa. Para esses, o encargo de ilidir a atuação culposa só incumbe ao profissional liberal quando a natureza da obrigação pactuada for de resultado ou em outras hipóteses de excepcionalíssima dificuldade em resguardar o direito do consumidor (PRUX, 2010, fl. 444).

Contudo, parece mais cautelosa e consentânea à dicção legal, aquela parcela da doutrina que entende necessária a avaliação dos requisitos normativos (verossimilhança ou hipossuficiência) em cada caso concreto, e, em ato contínuo, se eles estiverem presentes, atribua-se ao profissional liberal, por meio da técnica de inversão, não só o encargo de afastar eventual conduta culposa, mas também que não existiu dano ou, ainda, que sua conduta não contribuiu para a perfectibilização do nexo causal<sup>118</sup> (SANTOS, 2008, p, 104).

---

tal especialidade médica ser procurada voluntariamente pelo paciente e depender da prévia realização de consultas cuja finalidade precípua é determinar a viabilidade do procedimento a partir da ponderação dos riscos a ele inerentes, bem como colher o consentimento do paciente em sua efetivação (KFOURI NETO, p. 211-212). Compartilha-se do posicionamento segundo o qual, afora os atendimentos de emergência, sempre há voluntariedade na procura de um profissional da medicina para obter a cura de determinada enfermidade. Tal cognição já foi consignada no subcapítulo 2.2 (BENACCHIO, 2009, p. 338).

<sup>117</sup> Não se desconhece a diferença existente entre inversão do ônus probatório e teoria dinâmica do ônus probatório. Nesse momento, entretanto, utilizam-se as nomenclaturas de forma equivalente apenas para contrapor a teoria estática do ônus probatório, normatizada no direito pátrio até o advento do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>118</sup> É importante rememorar mais uma que a inversão do ônus probatório é técnica de julgamento, utilizada quando não forem comprovados, acima da dúvida razoável, os elementos necessários a prolação da sentença pelo juízo (SANTOS, 2008, p. 105).

Adotar essa linha de raciocínio implica em ao menos duas grandes revelações. A primeira é desmistificar que a mera presunção de culpa, difundida pela dicotomia meios-resultado é mais benéfica ao paciente que se submete ao procedimento cirúrgico-estético<sup>119</sup>. Isso porque a inversão proposta pelo CDC vai além de transferir tão somente a investigação da culpa em detrimento do profissional liberal na medida em que também abrange os demais pressupostos da responsabilidade civil.

A segunda, e talvez de maior importância, é permitir que esse instrumento processual seja empregado indistintamente às obrigações denominadas “de meios”. De fato, qualquer relação jurídica consumerista, seja qual for sua natureza, uma vez presentes os pressupostos exigidos pela lei, está sujeita ao instituto da inversão do ônus probatório, verdadeiro facilitador da defesa do consumidor em juízo. Aliás, essa constatação permite perceber, ainda, a magnitude da desproporcionalidade do atual tratamento a que está subordinada, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, a responsabilidade dos cirurgiões plásticos estéticos.

Pois bem. Uma vez feitas tais observações, retoma-se os conceitos anteriormente elencados. Por “verossimilhança da alegação” pode ser entendida a aparência legítima, isto é, a plausibilidade de veracidade dos fatos narrados pelo consumidor tendo por base aquilo que ordinariamente ocorre em situações semelhantes (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 615).

Esse requisito não demanda grandes elucidações, exceto a de que embora os uivos dominantes sejam pela alternatividade dos requisitos inerentes a inversão do ônus probatório – ou seja, bastaria a aferição de apenas um deles (verossimilhança ou hipossuficiência), parece com razão a parcela doutrinária que explana pela necessidade de haver um substrato mínimo de verossimilhança em qualquer alegação, pois incoerente seria inverter o encargo probatório daquilo que não possui qualquer probabilidade de ser verdadeiro (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 615).

Ademais, quanto ao requisito da “hipossuficiência”, o termo não deve ser interpretado do ponto de vista meramente econômico, mormente nas relações contratuais entre cirurgiões plásticos e seus pacientes, em cuja capacidade econômica destes últimos é considerável, haja vista o dispêndio empreendido em tais procedimentos que, não raro, é de

---

<sup>119</sup> Pode-se questionar que haverá ocasiões em que não estão presentes os requisitos da inversão do ônus da prova e, por isso, restaria incólume a presunção de culpa com fulcro no dueto meios-resultado. Não se desconhece tal possibilidade, entretanto, além de ser hipótese excepcional e duvidosa – cirurgia plástica paciente do procedimento cirúrgico-plástico, por exemplo (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 773), tal cognição não retira os méritos do pensamento acima consignado, mormente em virtude da adoção do ônus dinâmico da prova como regra nas relações consumeristas entre médico e paciente.

grande monta. Na verdade, a compreensão desse conceito deve ser extensiva, abrangendo também a inferioridade técnica do consumidor em relação ao médico cirurgião, que detém maior conhecimento científico sobre o procedimento a ser realizado (TEPEDINO, 2006, p. 119).

Mais do que isso, antes de qualquer conotação, o termo “hipossuficiência” deve ser entendido enquanto hipossuficiência processual, que se qualifica pela impossibilidade de produção probatória. Tal circunstância pode advir tanto da carência econômica quanto técnica do consumidor, mas também das características intrínsecas de determinada relação de consumo, do tipo de prova que necessita ser produzida, da dependência da parte adversa em fornecê-la ou de quaisquer outras razões que vedem seu alcance pelo consumidor (MIRAGEM, 2010, p. 721).

No caso de um procedimento cirúrgico estético, por exemplo, o paciente-vítima de um dano esbarrará em grandes dificuldades na produção de prova que demonstre o arcabouço fático e suas consequências perante eventual responsabilidade do cirurgião. Em muitas vezes, sequer ele próprio possuirá conhecimento da forma pela qual decorreram os acontecimentos, visto que se encontrará sedado ou porque a documentação médica reúne informações produzidas unilateralmente por indivíduos ou sociedades interessadas em seu teor tendencioso – médicos, clínicas ou hospitais (MIRAGEM, 2010, p. 721).

A todo modo, necessário ressaltar que o magistrado, ao inverter o ônus da prova em detrimento do cirurgião, embora o possa fazer em relação a todos os pressupostos da responsabilidade civil, deve fazê-lo individualizando o(s) fato(s) específico(s) que serão objeto de apreciação aprofundada, ou seja, deve apontar aqueles cujo conteúdo é suficiente para elidir o pálio da culpa que ronda sob sua atuação profissional. Por óbvio, não se pode retirar a produção de prova diabólica do consumidor e repassá-la ao médico, exigindo, por exemplo, a produção de prova negativa absoluta ou de fatos genéricos (DIDIER JR., 2015, p. 124).

Por último, apenas em complemento, é bom saber que a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, mesmo naqueles casos em que não haja os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova em prol dos consumidores, o magistrado ainda poderá se valer subsidiariamente da regra positiva em seu art. 373, §1º, com os seguintes dizeres:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:  
[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Com efeito, esse dispositivo trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral de distribuição dinâmica dos ônus probatórios que pode ser utilizada, de ofício, quando houver a constatação de dificuldade na produção da prova por uma das partes, o que é o caso nas demandas envolvendo erro médico, conforme até então exposto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi refletir a respeito da responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos, classicamente influenciada pela teoria bipolar de René Demogue (meios *versus* resultado), bem como averiguar seu embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial, suscitando, ao final, as devidas críticas quanto à necessidade de sua aplicação para dirimir eventuais contendas travadas entre tais profissionais liberais e seus pacientes.

No primeiro capítulo, desenhou-se um panorama geral da responsabilidade civil. Nessa etapa inicial discorreu-se acerca dos institutos basilares que compõem a disciplina. Em primeiro, os esforços foram norteados em direção à elucidação dos conceitos e características que delimitam os pressupostos da responsabilidade civil, além de eliminar equívocos teóricos que circundam esse ramo do conhecimento jurídico. No mais, especial atenção foi dispensada às principais classificações as quais o tema é submetido. Tal esboço introdutório guarneceu o trabalho (e seu escritor) de substancial inteligência jurídica, indispensável à assimilação dos conteúdos mais complexos tratados logo em seguida, cuja integral compreensão presumia essa pretérita aprendizagem.

No segundo capítulo, houve o estudo da responsabilidade civil médica em específico. De início, logo se constatou a dificuldade em traçar as fronteiras da atividade médica em cotejo as demais atividades dos profissionais da saúde, bem como se verificou normativamente que a cirurgia plástica estética é ato privativo de médicos especialistas (o cirurgião plástico).

Além disso, observou-se que a responsabilidade civil médica não possui natureza unívoca e, a depender das circunstâncias em análise, pode ter esteio contratual ou extracontratual. Aqui foram feitas as primeiras críticas quanto a teoria de René Demogue, cuja aplicação aos ajustes entabulados pelos facultativos mitigou as vantagens de se atribuir caráter contratual (em regra) a sua responsabilidade, uma vez que transferiu aos pacientes os ônus probatórios de eventuais lides envolvendo erros médicos.

Também se diferenciou a responsabilidade dos médicos na qualidade de profissionais liberais em contraposição aos estabelecimentos hospitalares enquanto prestadores de serviço de saúde. Àqueles é imputada responsabilidade mediante análise do elemento subjetivo da conduta humana (culpa ou dolo); estes, por seu turno, são

responsabilizados independentemente de tal fator (ou seja, objetivamente), desde que a falha esteja concentrada nos serviços de hospedagem por eles fornecidos.

À derradeira, tratou-se do erro médico em suas mais variadas espécies e dos deveres indissociáveis da atividade médica, com especial espaço ao dever informacional e ao consentimento informado.

Enfim, adentrou-se ao terceiro e último capítulo, cujo teor desenvolveu o cerne de toda a exposição. Nesse ponto, apresentou-se a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos sobre três ângulos distintos, todos intrinsicamente ligados à suposta natureza obrigacional contraída por seus atores – se “de meios” ou “de resultado”.

Rechaçou-se um primeiro entendimento que perfaz correlação entre a assunção da obrigação contraída pelos cirurgiões plásticos (de resultado) e o regime de responsabilidade objetiva. Com efeito, além do esclarecimento de equívocos terminológicos (confusão entre responsabilidade contratual, objetiva e por culpa presumida), houve a demonstração de uma verdadeira hermenêutica *contra legem*, uma vez que o art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor é de clareza solar ao estabelecer a responsabilidade subjetiva a todo e qualquer profissional liberal, independentemente da natureza das obrigações que contrai (se de meios ou de resultado).

Em seguida e por ilação, averiguou-se uma segunda posição doutrinária e jurisprudencial que impunha a natureza “de meios” aos ajustes entabulados pelos cirurgiões plásticos estéticos e, por consequência, transmutava sua responsabilização ao patamar subjetivo. Viu-se que tal cognição encontra espeque na aleatoriedade das intervenções cirúrgicas no corpo humano e no fato de que os cirurgiões plásticos não poderiam se obrigar por resultados que extrapolam suas competências, isto é, que dependem do imponderável.

Em adendo, afirmou-se que pensar de modo oposto – ou seja, atribuir natureza finalística a tais obrigações – seria concordar com a reprodução de padrões doutrinários e jurisprudenciais de outrora, os quais propagavam a ilicitude e a imoralidade das ingerências médicas em corpos sãos, entendimento que evidentemente não se coaduna com a moderna compreensão da matéria, qual seja ela, a verdadeira contribuição de tais procedimentos ao equilíbrio biopsicossocial dos pacientes.

Apesar desses méritos, também se anotou o lado pernicioso de seguir referido entender: a atribuição da natureza de meios à obrigação contraída pelos cirurgiões plásticos tem como efeito intrínseco e imediato a retomada do ônus da prova em detrimento dos



pacientes. Mais do que isso, ainda se percebeu que a solução proposta para tal imbróglio (recrudescimento do dever de informar por parte dos cirurgiões plásticos estéticos) não possuía a extensão pretendida.

Isso porque se verificou que o dever de informar e o respectivo consentimento informado não são institutos suficientes a modificar a natureza da relação obrigacional (de meios para de resultado). Embora com boas intenções, não pareceu haver conexão lógica nessa proposição feita pela doutrina.

Pelo contrário, constatou-se que são sim importantes deveres anexos, derivados da cláusula geral de boa-fé objetiva, cuja violação, por si só, é capaz de gerar responsabilização aos médicos. Entretanto, em complemento, assinalou-se que eles podem ser melhores entendidos na qualidade elementos substitutivos do instituo jurídico culpa enquanto medida de imputação de responsabilidade ou, ainda, como fator impeditivo da constituição do caso fortuito ou da força maior, independentemente da natureza da obrigação de fundo.

Enfim, apresentou-se uma última teoria que, apesar de identificar na relação entre cirurgiões plásticos e seus pacientes uma obrigação de resultado, permanece a incutir-lhes o regime de responsabilidade subjetiva. Como visto, a grande relevância dessa designação seria, em tese, a inversão do ônus probatório da culpa em detrimento dos cirurgiões plásticos estéticos, sem a necessidade de se respeitar os requisitos impostos pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Ao longo de todo esse percurso, viu-se que a teoria de Demogue foi sendo adaptada aos mais diversos óbices legais que lhe eram interpostos, o que acabou por lhe afastar de sua acepção originária. Não por outro motivo, após a descrição de toda essa trajetória de deturpações, propôs-se a simples superação da importância dada a essa dicotomia enquanto coeficiente de resolução de controvérsias.

Primeiro se observou que o binômio meio *versus* resultado não tem nenhum respaldo normativo, mormente no microssistema consumerista, normativa a qual as relações jurídicas entre cirurgiões plásticos e seus pacientes está submetida. O art. 14, §4º, do referido códex, dispositivo que consagra a responsabilidade subjetiva a todos os profissionais liberais, não discrimina nenhuma regra relativa ao ônus da prova da culpa a depender da natureza obrigacional.

Em ato contínuo, mesmo enquanto mera formulação teórica sem esteio normativo, não existem critérios ontológicos ou categóricos que determinem a natureza do sinalagma

travado entre os cirurgiões e seus clientes. Deveras, haverá completa deliberalidade em atribuir qualquer uma das possíveis escolhas (meios ou resultado) à obrigação contraída entre essas partes.

No mais, a diferenciação vai de encontro com a moderna interpretação do direito das obrigações e da responsabilidade civil, a qual deve ser norteadada pelo princípio da boa-fé objetiva, aglutinando credor e devedor por meio dos deveres anexos de conduta em propósito unívoco, qual seja ele, satisfazer (e facilitar a satisfação) do ajuste pactuado.

Em suma, tudo isso fez concluir que, quando grande parte da doutrina e da jurisprudência escolhem a natureza de resultado às cirurgias plásticas estéticas, introduz-se na responsabilidade civil médica uma percepção jurídica distorcida e preconceituosa que condena previamente uma especialidade médica em benefício de todas as demais.

Deve-se, portanto, extirpar a aplicação de tal teoria – ao menos à responsabilidade civil médica dos cirurgiões plásticos estéticos – haja vista a suficiente dicção legal que circunda toda a matéria. De fato, andar estritamente nos limites legais parece ser mesmo o melhor meio de se evitar todas as sobreditas incongruências.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 507-541.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Médico**. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320-349.

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 543-574.

BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1.468.756/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 19/5/2016, DJe de 24/5/2016.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp 1.097.955/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19/08/2010, DJe de 26/8/2010.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp 1.269.832/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 6/9/2011, DJe de 13/9/2011.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp 1.395.254/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 15/10/2013, DJe de 29/11/2013.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp 236.708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, j. em 10/2/2009, DJe de 18/5/2009.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp 81.101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. em 13/4/1999, DJe de 31/5/1999.

CALDAS NETO, Joaquim. **A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico no caso de Erro Médico à Luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor**. Em <[http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl\\_athenas\\_ano4\\_voll\\_2015\\_artigo11.pdf](http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano4_voll_2015_artigo11.pdf)>. Acesso em: 28 de agosto de 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Obrigações de meio, de resultado e de garantia.** In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil.** Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 333-348.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** Vol. II. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria da prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade civil.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A responsabilidade civil em cirurgia plástica.** In: Revista de Direito Renovar, n. 7. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FACCHINI, Eugênio Facchini; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva.** Em: <[http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/553/Ajuris138\\_DT3](http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/553/Ajuris138_DT3)>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Obrigações.** 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixo Braga. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Genival Velosa de. **Direito Médico.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Sotlze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade Civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOGLIANO, Daisy. **O consentimento informado em matéria de bioética.** In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 119-156.

GOMES, Alexandre Gir. **A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas.** In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 742-753.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDENBERG, Isidoro H.. **La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil.** 2 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

GRAEFF-MARTINS, Joana. **Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião.** In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 755-777.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Cirurgia plástica e a responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico.** Em <[http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica\\_01-2.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-2.pdf)>. Acesso em 6 de outubro de 2016.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **Código Civil Comentado: Contratos Parte General. Artículos 1137 a 1216.** Buenos Aires: Culzoni Editores.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais.** In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 389-398.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Do caso fortuito e da força maior – Excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002.** In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81-102.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil,** São Paulo: Atlas, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro.** In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 677-723.

MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 11-37.

NALINI, José Renato. **Responsabilidade ético-disciplinar do médico.** In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 575-589.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal.** In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 433-469.

RENTERIA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado: análise crítica.** São Paulo: Editora Método, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTA CATARINA. TJSC. Apelação Cível n. 2011.020322-2, da Capital, Rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 13/11/2014.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro.** Salvador: Jus Podivm, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde.** In: SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). **Responsabilidade Civil na Área da Saúde.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-41.

STOCO, Rui. **Iatrogenia e responsabilidade civil do médico.** In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 645-654.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

TARTUCE; Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual.** 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Ônus da prova e responsabilidade civil por erro médico.** In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil.** Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 399-430.